Anwendbarkeit

der

Actio Pauliana

auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde

mit Genehmigung

der juristischen Fakultät zu Marburg

veröffentlicht

von

Otto Fischer.

Paderborn,

Druck von Ferdinand Schöningh.

1875.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554412_0214

§ 1.

Die Lehre vom Anfechtungsrechte der Gläubiger wegen fraudulöser Veräusserungen seitens des Schuldners gehört zu den Lieblingsthematen der neueren juristischen Literatur.[1]) Vorzüglich sind es zwei Fragen aus derselben, die Gegenstand einer lebhaften Erörterung der Juristen geworden sind.

Die erste dieser Fragen betrifft die Zahl, den Unterschied und die rechtliche Natur der den Gläubigern zur Anfechtung zustehenden Rechtsmittel. Sie ist von vorwiegend theoretischem Interesse, wenngleich es auch für die Praxis von grosser Wichtigkeit sein würde, in dieser Beziehung einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen. Von zahlreichen anderen Schriften[2]) abgesehen ist diese Frage namentlich von Huschke,[3])

---

[1]) Aus den letzten vier Jahren sind folgende Schriften über die *actio Pauliana* zu verzeichnen: Reinhart, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger 1871. Zürcher, die *actio Paulliana* 1872. Schönemann, die Paulianische Klage 1873. Struckmann, über die Anfechtbarkeit der *datio in solutum* mittelst der *actio Pauliana,* in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik XII, S. 277 — 312, 1873. Hasenbalg, zur Lehre von der *actio Pauliana,* 1874.

[2]) Cf. Dabelow, Concurs und die dort citirte ältere Literatur, Schröter, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess VI, S. 131—139, Reinhardt, vermischte Aufsätze Heft II, S. 100 ff., Schmidt, das Pflichttheilsrecht des *Patronus* und des *Parens Manumissor* S. 96—97, Schrader, *Ad § 6. I. de actionibus,* Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 375, Leist, *bonorum possessio* I, S. 353, Voigt, *condictiones ob causam* S. 784—88. Ausserdem ist die Frage in den Pandektenlehrbüchern von Vangerow, Keller, Puchta, Windscheid, Brinz und Arndts besprochen.

[3]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. XIV, S. 1—131.

von Rudorff[1]) und in neuester Zeit von Reinhart sehr eingehend behandelt, ein sicheres Resultat jedoch noch nicht gewonnen.

Die zweite Frage dagegen, in wie weit Erfüllung und Sicherstellung einer Verbindlichkeit der Anfechtung seitens der Gläubiger unterliege, ist von der grössten praktischen Bedeutung.

Fast täglich müssen die Gerichte an die Entscheidung dieser Frage herantreten, und dennoch herrscht darüber in Theorie und Praxis völlige Uneinigkeit, und zwar in den wichtigsten Punkten.

Im Nachstehenden soll eine Beantwortung dieser Frage versucht werden.

Zuvor jedoch sind Begriff und Voraussetzungen der Anfechtungsklage der Gläubiger in Kürze darzustellen.

Ueber die Natur dieses Rechtsmittels ist man, wie schon erwähnt, noch heute im Streit. Man wird indess, ohne sich zu grosse theoretische Skrupel machen zu müssen, mit der in diesem Punkte fast ganz einigen Praxis annehmen dürfen, dass das gemeine Recht nur ein Rechtsmittel zur Anfechtung fraudulöser Veräusserungen des Schuldners durch die Gläubiger kennt, die *actio Pauliana*, und dass diese eine *actio in personam ex delicto* ist.[2])

---

[1]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte VIII, S. 62—98.

[2]) Das römische Recht hatte in klassischer Zeit wenigstens zwei Rechtsmittel zur Anfechtung fraudulöser Veräusserungen, die *actio Pauliana* und das *interdictum fraudatorium*. In den das Anfechtungsrecht behandelnden *tit. 8. lib. 42. Dig. Quae in fraud. cred.* sind sowohl Fragmente aufgenommen worden, die von der *actio Pauliana* handeln, als solche, die das *interdictum fraudatorium* betreffen, und zwar ohne bestimmte Ordnung unterschiedlos durcheinander. Falls also wirklich ehedem diese Rechtsmittel materiell verschieden waren, was man ja sehr bezweifelt, so sind sie jedenfalls spätestens durch die Justinianische Compilation zu einem Rechtsmittel vereinigt, und dieses trägt unzweifelhaft alle Merkmale einer *actio in personam ex delicto* an sich. Diese persönliche Klage nennt Paulus in fr. 38 § 4 *D. de usuris 22, 1. actio Pauliana;* Theophi-

Die *a. P.* will im Interesse der Gläubiger Veräusserungen, die der Schuldner in der Absicht seine Gläubiger zu verkürzen gemacht hat, anfechten.[1]) Ihre Voraussetzungen sind demnach im Einzelnen die folgenden.

1. Objective Voraussetzungen:

a) Eine auf Veräusserung seines Vermögens gerichtete positive oder negative Handlung des Schuldners, die entweder Vermögensinsuffizienz bewirkt, oder im Zustande der Vermögensinsuffizienz vorgenommen wird. Blosse Abweisung eines Erwerbes dagegen unterliegt der *a. P.* nicht.

b) der *eventus fraudis*, d. h. die gedachte Handlung muss dieselben[2]) Gläubiger, zu deren Benachtheiligung sie

---

lus dagegen legt diesen Namen der dinglichen Klage des § 6 I. *de actionibus* 4, 6. bei. Jedenfalls war die letztere von jener durchaus verschieden. Am besten wohl nimmt man an, dass sie der dinglichen Berechtigung der *creditores immissi* an dem Vermögen des Schuldners entsprang und, wie auch Schmidt l. c. meint, gegen Veräusserungen gerichtet war, die nach erlangter *missio in bona* vorgenommen wurden. Wenngleich nun wahrscheinlich Theophilus selbst der Verfasser der gedachten Institutionenstelle ist, so wird man doch der Autorität des klassischen Juristen Paulus den Vorzug geben müssen. Es liegt die Annahme nahe, dass die Institutionen selbst, durch Aussprüche wie in fr. 14. *D. h. t.: Hac in factum actione non solum dominia revocantur etc.* irregeleitet, aus der *Pauliana* missverständlich eine dingliche Klage gemacht haben.

[1]) fr. 1 pr. *D. h. t. Ait praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.*

[2]) Von der Regel, dass dieselben Gläubiger, zu deren Schädigung die Veräusserung vorgenommen ist, benachtheiligt sein müssen, gibt es, abgesehen davon, dass auch die Erben (fr. 10 § 25 *D. h. t.*, Seuffert, Archiv IX, 356, 2) und Cessionare (Seuffert, XV, 6) derselben klageberechtigt sind, nur die Ausnahme, dass auch die Gläubiger, mit deren Gelde der Gemeinschuldner die früheren Gläubiger, zu deren Benachtheiligung er die fraudulöse Handlung vorgenommen hatte, befriedigt hat, die *a. P.* anstellen können. (fr. 10 § 1 *D. h. t.*). Einem Erk. des A. G. Celle (Zeitschrift für hannov. Recht III, 1,

vorgenommen wurde, zur Ungebühr in ihrer Befriedigung verkürzt haben.

c) Ob die Eröffnung des formellen Concurses zur Anstellung der *a. P.* erforderlich sei, ist streitig. Fitting[1]) beantwortet diese Frage dahin, dass die Einleitung eines Concurs- oder Executionsverfahrens erforderlich sei, während nach der herrschenden Meinung die *a. P.* erst nach Eröffnung des Concurses, nach der Meinung vieler Juristen sogar erst nach stattgehabtem Vermögensverkauf zulässig ist.[2])

2. Subjective Voraussetzungen:

a) in der Person des Schuldners. Der Schuldner muss die Handlung *consilio fraudandorum creditorum* vorgenommen haben. Nach der Ansicht Einiger liegt *consilium fraudis* vor, wenn der Schuldner wusste, dass er die anzufechtende Handlung im Zustande der Vermögensinsuffizienz vornehme, Andere verlangen noch, dass der Schuldner sich bewusst war, dass er durch die Handlung sich die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegen seine Gläubiger unmöglich oder minder möglich mache.[3]) Holzschuher verlangt ausserdem den Mangel einer rechtlichen Nothwendigkeit, etwas von dem Seinigen fortzugeben, Günther macht darauf aufmerksam, dass besondere Boshaftigkeit nicht erforderlich sei. Mit diesen Ansichten stimmen Erkenntnisse der O. A. G. Celle,

S. 86), das auch Solchen, die erst nach Vornahme der fraudulösen Veräusserung Gläubiger des Gemeinschuldners geworden sind, die *a. P.* gibt, wenn nur die *causa* ihres Anspruches vor der Veräusserung vorhanden war, mangelt die gesetzliche Basis.

[1]) Archiv für d. civil. Praxis XLIX, S. 313—18.

[2]) Für Fitting hat sich das O. A. G. Kiel (Seuffert, Archiv XVIII, 86) ausgesprochen; dagegen die O. A. G. Berlin (ib. XXVI, 98) und Oldenburg (XVIII, 86) und das Obertribunal zu Berlin (Entscheidungen XL, 8).

[3]) Cf. Windscheid, Pandekten II, § 463, Scheurl, Kritische Vierteljahrsschrift II, S. 444, Dabelow, l. c. S. 411 ff., Zürcher, l. c. S. 29, Struckmann, l. c. S. 279, Schönemann, l. c. S. 36, Hasenbalg, l. c. S. 39 ff., Holzschuher, Civilrecht III, S. 1066, Günther, in Weiske's Rechtslexikon II, S. 783.

Kiel und Oldenburg überein.[1]) Keller[2]) und mit ihm Erkenntnisse der O. A. G. Cassel, Lübeck, Rostock und Wolfenbüttel[3]) verlangen dagegen die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, Laspeyres[4]) verlangt die Absicht, die Gläubiger zu übervortheilen, Dernburg,[5]) Reinhart[6]) und ein Erkenntniss des O. A. G. Wiesbaden,[7]) dass der Schuldner die Verkürzung bezweckte; im Anschluss an Francke's[8]) Erforderniss: „Vornahme der Veräusserung, um dadurch den Gläubigern einen Bestandtheil seines Vermögens zu entziehen, und mit dem Bewusstsein, dass er diese dadurch verkürze," stellt ein Erkenntniss des O. A. G. Oldenburg[9]) den Satz auf: „Wissentliche Benachtheiligung schliesst noch nicht die betrügerische Absicht in sich."

Es ist nun gewiss, dass es bei der Beurtheilung der civilrechtlichen Folgen einer Handlung nicht auf den mehr oder minder bösartigen Charakter des Handelnden ankommen kann. Ebenso unbestreitbar ist, dass wer eine Handlung mit dem Bewusstsein vornimmt, dass sie einen bestimmten Erfolg haben werde, diesen Erfolg will; wer also weiss, dass er durch seine Handlungsweise seine Gläubiger verkürzen werde, will sie auch verkürzen. Auch genügt im Allgemeinen im Strafrecht, wie im Civilrecht dieser Wille zum *dolus*, wenn

---

[1]) Seuffert, Archiv V, 95, IX, 356, 3, XII, 227, XXII, 106.

[2]) Pandekten II, S. 141.

[3]) Strippelmann, Sammlung der Entscheidungen V, S. 102, Buchka und Budde, Entscheidungen V, 54, Seuffert, Archiv VII, 268, XX, 93.

[4]) „Ueber Anfechtung von Zahlungen mit der *a. P.*" im Archiv f. d. civ. Praxis XXI, S. 37.

[5]) Pfandrecht I, S. 194.

[6]) l. c. S. 105.

[7]) Seuffert, Archiv XXI, 184.

[8]) „Ueber die Zulässigkeit der *a. P.* bei Zahlungen, Pfandbestellung und Hingabe an Zahlungsstatt" im Archiv f. d. civ. Praxis XVI, S. 125.

[9]) Seuffert, Archiv IX, 249. Cf. auch die ebendaselbst I, 392, II, 352 und IV, 27 mitgetheilten Erkenntnisse.

nicht die Gesetze ausdrücklich verlangen, dass ein gewisser Beweggrund, eine gewisse Absicht, ein gewisser Zweck vorliege.[1]) Es fragt sich demnach, ob in unserm Falle die Quellen über den blossen Willen der Verkürzung hinaus eine bestimmte Absicht verlangen.

Sie fordern ein *consilio fraudandorum creditorum, fraudationis causa gestum.*[2]) Das Wort *fraus*[3]) bezeichnet einmal eine Schädigungshandlung, sodann im Gegensatze zu *negligentia, casus improvisus* die Absichtlichkeit, und im Gegensatze zum *dolus*, dem bewussten Handeln wider das Recht, eine nicht formell widerrechtliche, aber materiell unbillige, wider den Geist des Rechts verstossende Handlungsweise. *Consilium fraudandorum creditorum* ist demnach der Plan, die Gläubiger in einer materiell ungerechtfertigten Weise zu benachtheiligen. Wenn nun die Quellen ein *consilio fraudis gestum* verlangen, so fordern sie damit mehr als den blossen Willen der Verkürzung der Gläubiger, sie erheischen, dass das eben definirte *consilium fraudandorum creditorum causa impulsiva*, erste Absicht des Handelnden, wie man es vielfach nennt, gewesen sei.

Das bestätigen uns zwei Stellen aus dem *lib. I. ad aedil. edictum* von Paulus.[4]) Die erste Stelle bezieht sich direct auf die *a. P.*, die zweite Entscheidung bezieht sich auf

---

[1]) Cf. Wächter, zur näheren Bestimmung des Dolusbegriffs, Beilage XL zu den Strafrechtsvorlesungen. (Gerichtssaal XVI, S. 56 ff.).

[2]) fr. 1 pr., fr. 2, fr. 3 § 1, fr. 10 pr., § 1, § 14, fr. 15 *D. h. t.*

[3]) *Cf. Brissonius, de verborum significatione ed. Heineccius s. v. fraus.*

[4]) *fr. 43 § 7 D. de aedil. edicto 21, 1. Si quis, cum consilium inisset fraudandorum creditorum, redhibuerit non redhibiturus alias, nisi vellet eos fraudare, tenetur creditoribus propter mancipium venditor. fr. 9 D. de alienatione iud. mut. c. 4, 7. quia redhibito homine omnia retro aguntur: et ideo non videtur iudicii mutandi causa alienare qui redhibet: nisi si propter hoc ipsum redhibet non redhibiturus alias.*

den Anspruch wegen *alienatio iudicii mutandi causa,*[1]) lässt sich aber analog auch auf unsern Fall anwenden. In den Fällen beider Fragmente wird angenommen, der Käufer veräussere eine Sache zurück an den Verkäufer in Folge des Redhibitionsrechts; es wird entschieden, dass durch die prätorischen Verordnungen über *alienatio in fraudem creditorum* und *alienatio iudicii mutandi causa* die Befugniss von der Redhibition Gebrauch zu machen durchaus nicht geschmälert würde, selbst wenn dadurch objectiv *fraus creditorum* bez. *mutatio iudicii* eintreten sollte; wenn man aber, ohne dass man sonst jemals eine Redhibition vorgenommen haben würde, lediglich eine fraudulöse Veräusserung oder im andern Falle eine *alienatio iudicii mutandi causa* in das Gewand der Redhibition zu kleiden suche, so dass lediglich die Absicht eine *fraus creditorum* bez. *mutatio iudicii* zu bewirken die Handlung veranlasste, dann soll die *actio in factum* statthaben.[2])

Dazu kommt, dass wir in den beiden hier angezogenen Edicten[3]) und zwar ganz allgemein das Erforderniss finden, dass seitens des Schuldners *datâ operâ in fraudem creditorum* gehandelt sein, also ausdrücklich die Absicht vorgelegen haben muss, den Gläubigern das zu entziehen, was man

---

[1]) Das Verbot der *alienatio iudicii mutandi causa* traf ähnlich wie die *a. P.* eine Handlung, die zwar bis dahin nicht formell gegen das Recht verstiess, aber materiell ungerechtfertigt war.

[2]) Es könnte freilich bedenklich erscheinen, aus diesen beiden Stellen eine allgemeine Regel abzuleiten, da die Fälle derselben das Besondere haben, dass der Schuldner in Ausübung eines Rechts handelt. Wir können aber jedenfalls den Satz aufstellen: In allen den Fällen, in welchen die Veräusserungshandlung, deren Anfechtbarkeit in Frage steht, zugleich die Ausführung eines Rechts enthält, in denen der Handlung also eine vom Recht geschützte Absicht zu Grunde liegen kann, ist die Handlung, wenn sie auch *fraus creditorum* enthält, und der Schuldner sich dessen bewusst ist, nicht ohne Weiteres anfechtbar, sondern ihre Anfechtbarkeit ist von der *quaestio facti* abhängig, ob der Handelnde von der Absicht sein Recht auszuführen oder von dem *consilium fraudandi* geleitet war.

[3]) *fr. 1 D. de alien. judic. mut. c. 4, 7* und *fr. 3 § 1 D. h. t.*

ihnen von Rechtswegen zu leisten schuldig ist. Ob daneben noch der Zweck verfolgt wird, sich durch diese Entziehung einen Vortheil zu verschaffen, ist natürlich gleichgültig.

b) in der Person des Mitcontrahenten. Der Mitcontrahent muss, damit die *a. P.* im vollen Masse gegen ihn Platz greift, *conscius, particeps fraudis* sein.[1]) Er muss also wissen, dass der Schuldner *consilio fraudis* handelt, dessen ungeachtet sich mit demselben einlassen und ihm so zur Erreichung seines Planes die Hand bieten, gleichgültig, ob damit ein eigener Gewinn bezweckt wird oder nicht.

Kläger bei der *a. P.* war im ältern römischen Recht wohl meistens der *bonorum emtor*, da die Gläubiger an ihn mit dem Vermögen des Cridars auch die *a. P.* verkauften. Nach Abschaffung der *bonorum emtio* steht die *a. P.* sowohl den einzelnen Gläubigern zu, zu deren Benachtheiligung die anzufechtende Handlung vorgenommen ist, als auch während des Concurses dem Concurscurator als dem Vertreter der Gläubigerschaft.

Jedenfalls muss das mit der *a. P.* Erlangte zur Vertheilung an die Gläubigerschaft nach den Grundsätzen des Concursverfahrens herausgegeben werden.

Die Klage geht in ihrem vollen Umfange gegen den fraudulösen Schuldner selbst und gegen den der Mitwissenschaft überführten Mitcontrahenten innerhalb eines *annus utilis*. Die Klage gegen den Schuldner ist reine Schadensersatzklage und hatte, wie die Quellen sagen,[2]) hauptsächlich den Zweck den Schuldner zu strafen, indem er in Folge der Verurtheilung die Vortheile der *cessio bonorum*, des *beneficium competentiae* und der Befreiung von der Personalhaft verlor. Der heute fast ausschliesslich praktische Fall ist die Klage gegen den Mitcontrahenten. Sie geht auf *restituere*, d. h. es soll Alles so

[1]) *fr. 10 § 2 D. h. t. Quod ait praetor „sciente," sic accipimus „te conscio et fraudem participante": non enim si simpliciter scio illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est.*

[2]) fr. 25 § 7 *D. h. t.*

gehalten werden, wie wenn das Geschäft nicht abgeschlossen wäre. Der Verklagte muss herausgeben, was er auf Grund des angefochtenen Geschäfts aus dem Vermögen des Schuldners erhalten hat und zwar *cum omni causa*, ohne dass er einen Anspruch wegen der etwa dem Schuldner gemachten Gegenleistung hätte, falls diese nicht mehr vorhanden ist.[1])

Neben der eigentlichen *a. P.* gab der Prätor gegen den Mitcontrahenten eine Klage auf Herausgabe der zur Zeit der Klageanstellung noch vorhandenen Bereicherung aus dem fraudulösen Geschäfte, und zwar

a) nach Ablauf des *annus utilis* in den Fällen, in denen vorher die *a. P.* selbst begründet war,[2])

b) gegen den Empfänger des fraudulös Veräusserten, der an dem *consilium fraudis* des Cridars nicht Theil genommen hat.[3])

§ 2.

Indem ich jetzt dazu übergehe, die Anwendung der entwickelten Grundsätze auf die Fälle der Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung zu erörtern, schliesse ich von vornherein den Fall aus, dass diese Geschäfte nach erfolgter Concurseröffnung vorgenommen sind. Heute ist jede vom Schuldner nach Eröffnung des Concurses vorgenommene Veräusserung *ipso iure* nichtig,[4]) und bedarf es also keines besonderen Rechtsmittels zum Schutze gegen dieselbe. Bei den Römern waren derartige Veräusserungen zwar nicht

---

[1]) *fr. 8 D. h. t. Ex his colligi potest ne quidem portionem emptori reddendam ex pretio: posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis exstent, iubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.*

[2]) fr. 10 § 24 *D. h. t.*

[3]) fr. 10 pr., fr. 6 § 10—13, fr. 17 § 1, fr. 25 pr., § 1, § 3 *D. h. t.*

[4]) Bayer, Concursprozess § 24.

nichtig, aber bedingungslos anfechtbar, da sie das General pfandrecht der Concursgläubiger verletzten: es blieb jedoch dem Gläubiger, der die nach der Concurseröffnung erhaltene Befriedigung herausgeben musste, der Anspruch auf die auf seine Forderung entfallende Portion aus der Concursmasse,[1] die ihm heute nur bei rechtzeitiger Anmeldung zum Concurse gewährt werden dürfte.

Die erste der zu beantwortenden Fragen ist nun: Unterliegt die Zahlung einer rechtsgültigen, fälligen Schuld der Anfechtung mit der *a. P.?*

Jetzt sind die grossen Streitigkeiten, die ehedem über diese Frage geptlogen wurden, verschwunden, und man ist einig in der Verneinung derselben. Dennoch ist ein Eingehen auf diese Frage für die weitere Untersuchung von Wichtigkeit: einmal, weil über die Begründung dieser allgemein angenommenen Rechtsansicht keine Einigkeit besteht, und, wenn im Folgenden analoge Anwendungen dieses Rechtssatzes versucht werden sollen, vor Allem dessen Begründung feststehen muss; dann aber auch, weil Gründe, die man früher für die Zulässigkeit der *a. P.* bei Zahlungen beigebracht hat, aber längst fallen liess, noch heute für die Zulässigkeit der *a. P.* bei Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung vorgebracht werden. Ueber unsere Frage[2] sprechen ganz bestimmte Gesetze.

Hierher ist zwar nicht mit Francke[3] fr. 6 § 6 *D. h. t.*[4] zu rechnen, wiewohl für unsere Frage der darin ausgesprochene Grundsatz: *eum, qui suum recipiat, nullam videri*

[1] fr. 6 § 7 *D. h. t.*

[2] Cf. Vangerow, Pandekten § 697 Anm. I. Francke, l. c. S. 133 ff. und Zürcher, l. c. S. 10 ff.

[3] l. c. S. 140.

[4] *Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat,* [oder wie Huschke l. c. S. 32 liest: *quem posses invitum solvere cogere,*] *impune non solvere inquam esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditiomesque.*

fraudem facere, den auch Paulus in fr. 129 D. de R. J. 50, 17[1]) betont, von hoher Bedeutung ist. Denn, wie zuerst Laspeyres[2]) bemerkte, ist in dieser Stelle von einem ganz andern Falle die Rede, es wird nämlich die Frage, ob in einer Zahlung an den Gemeinschuldner, die ja begreiflicher Weise den Gläubigern sehr unangenehm werden kann, eine *fraus* liege, verneint.

Die Hauptstelle für unsere Frage ist fr. 6 § 7 *D. h. t.: Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*

Die Entscheidung dieser Stelle wird bestätigt in fr. 24 *D. h. t. in fine:*

Quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari possit ea a me? an distinguendum est, is optulerit mihi an ego illi extorserim invito, et, si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.

In beiden Stellen ist mit wünschenswerthester Deutlichkeit der Grundsatz ausgesprochen: Zahlung einer bereits bestehenden Schuld kann mit der *a. P.* nicht angefochten werden, weder wenn sie der Schuldner leistete, um dem Empfänger auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen, noch wenn der Gläubiger sie mit Gewalt dem Schuldner abpresste. Trotz dieser bestimmten Entscheidung der Quellen

---

[1]) *Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.* Dasselbe sagt noch allgemeiner die den fr. 55, 151 und 155 D. de R. J. 50, 17 entnommene Sentenz: *Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam.*

[2]) l. c. S. 58 ff.

konnte sich die ehedem die *communis opinio* darstellende s. g. Gratifikationstheorie bilden, welche lehrt: Eine Zahlung ist der *a. P.* unterworfen, sobald die Zahlung *per gratificationem*, zur Begünstigung des einen Gläubigers vor dem Andern erfolgte. „Eine Gratifikation aber nahm man an, sagt Francke,[1]) sobald ein Verschuldeter beim Andringen mehrerer Gläubiger nicht diese gleichmässig, sondern entweder einen ganz andern, oder nur einen der s. g. wachsamen Gläubiger befriedigte. Ferner aber unterschied man mehrere Stufen der Wachsamkeit, und gab dem, welcher noch wachsamer sey als andere, ebenfalls mahnende und andringende Gläubiger, wiederum ein Vorrecht vor diesen übrigen, so dass, wenn der Schuldner einen dieser übrigen befriedigte, derjenige, welcher am häufigsten gemahnt oder am schleunigsten geklagt, durch sein stärkeres Auftreten sich die *a. P.* gegen den, welcher sanfter auftrat und vielleicht nur höflich um Bezahlung nachsuchte, erworben und gleichsam herausgepocht hätte." Zu welchen Lächerlichkeiten aber diese Theorie in ihren praktischen Consequenzen führte, zeigt sich namentlich darin, dass man ihr folgend von dem Schuldner, der zur Zahlung bereit ist, dennoch keine Zahlung annehmen darf, ohne ihn vorher trotz seiner Bereitwilligkeit gemahnt und gedrängt zu haben. Ja man muss, um unangefochten die Zahlung annehmen zu dürfen, sich wachsamer zeigen als die übigen Gläubiger, man muss die *vigilantia* der übrigen Gläubiger invigiliren.[2])

Nachdem Francke diese Theorie gründlich widerlegt hatte, suchte Laspeyres[3]) dieselbe in gemilderter Form wieder zur Geltung zu bringen, indem er nicht den blossen Nachweis der Gratifikation zur Anwendbarkeit der *a. P.* genügen lassen will, sondern auch die übrigen Voraussetzungen der *a. P.*, namentlich Mitwissenschaft des Empfängers, verlangt.

[1]) l. c. S. 135.

[2]) Gottschalk, *discept. forens.* I, S. 378.

[3]) l. c. S. 35—100.

Zur Aufrechterhaltung dieser Theorie suchte man zunächst die für die Frage nach der Anwendbarkeit der *a. P.* auf Zahlungen entscheidende Stelle, fr. 6 § 7 *D. h. t.*, als eine besondere Ansicht Julians bei Seite zu schieben, und berief sich zur Widerlegung derselben auf zwei andere Stellen. Zunächst auf fr. 25 § 1 *in fine D. h. t. In maritum autem, [qui a socero fraudatore dotem accepit] qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.*

In dieser Stelle soll nun der *maritus ignorans* mit dem *creditor ignorans* verglichen und damit indirect gesagt sein, dass gleichwie gegen den *maritus sciens* so auch gegen den *creditor, qui sciens debitum accepit*, die *a. P.* zulässig sei. Richtig verstanden sagt die Stelle: Gegen den Ehemann, der wissentlich von seinem insolventen Schwiegervater eine von diesem in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, bestellte *dos* annimmt, geht die *a. P.;* gegen den *maritus ignorans* geht sie nicht, ebenso wenig wie gegen einen Gläubiger, der Zahlung annimmt. Das *tertium comparationis* liegt darin, dass Ehemann sowohl wie Gläubiger nicht als durch den Empfang beschenkt zu betrachten sind, und desshalb auch gegen den der Mitwissenschaft an dem Betruge nicht schuldigen Ehemann die *a. P.* auf die Bereicherung nicht zulässig ist. Keineswegs aber will *Venuleius* auch den *sciens maritus* dem *sciens creditor* gleichstellen. Gegen den *sciens maritus* muss die *a. P.* zulässig sein. Denn das Gewand der Dosbestellung ist ganz vorzüglich geeignet, um fraudulöse Veräusserungen darin zu kleiden.

Es lässt sich übrigens nicht leugnen, dass der Ausspruch des *Venuleius* leicht missverstanden werden kann; schon die Basiliken fassen ihn im Sinne der Gratifikationstheorie auf, indem sie daraus den Satz herleiten:[1])

Εἰ ὁ βλάψας ἀγνοοῦντι τῷ δανειστῇ δῷ τὸ χρέος, οὐκ ἀνα-

[1]) **Bas. IX**, 8, 25.

ιρέπεια τὸ πραχθέν. (Si fraudator ignoranti debitum solverit, non revocatur, quod gestum est.)

Ein ferneres Argument gegen die Entscheidung des fr. 6 § 7 *D. cit.* sollte fr. 96 pr. *D. de solution.* 46, 3[1]) liefern. Hat der Cridar einen Schuldner seines Mündels zur Zahlung an seinen Gläubiger delegirt und so mit Gelde seines Mündels gezahlt, so soll der Mündel gegen den bezahlten Gläubiger das *interdictum fraudatorium* (bez. *a. P.*) haben, falls der Gläubiger Theilnehmer des fraudulösen Plans des Cridars war; und mit Recht: denn es wird hierbei dem Gläubiger nicht zum Vorwurf gemacht, dass er Zahlung annahm, sondern, dass er Theil nahm an einem diese Zahlung ermöglichenden Geschäfte, das einen Dritten, den Mündel des Cridars, ganz ungerechtfertigter Weise um ihm gehöriges Geld brachte, und bei dem sich der Zahlende das Geld nur durch Missbrauch seiner Eigenschaft als *tutor* verschaffte. Dass aus dieser Entscheidung nicht gefolgert werden kann, auch eine von dem Cridar aus eigenem Vermögen geleistete Zahlung sei anfechtbar, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Der Versuch, die Entscheidung des fr. 6 § 7 cit. zu erschüttern, ist also nicht gelungen. Ebenso wenig aber auch sind die Stellen, auf die man die Gratifikationstheorie aufgebaut hat, geeignet derselben als Grundlage zu dienen. Es sind dies fr. 6 § 1 u. 2 *D. de reb. auct. iud.* 42, 5[2]) und der Anfang des fr. 24 *D. h. t.*[3]), dessen Schluss bereits als

[1]) *Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.*

[2]) *§ 1. Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierunt? si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Iulianus ait, ne alterius aut neglegentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Iulianus ait.*

[3]) *Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abs-*

Zeugniss für die Unanfechtbarkeit von Zahlungen aufgeführt ist. Die Stellen sagen allerdings: Zahlungen, durch die der Zahlende den einen Gläubiger vor dem andern hat begünstigen wollen, die also *per gratificationem* geleistet sind, sind revokabel; keineswegs aber sagen sie, dass diese Revokation mittelst der *actio Pauliana* erfolge. Die Stellen sprechen von dem Falle, dass ein Pupill als *suus heres* sich in die Erbschaft seines Vaters eingemischt hat und jetzt von dem *beneficium abstinendi* Gebrauch macht. Civilrechtlich bleibt dann zwar der Pupill Erbe nach dem Grundsatze *semel heres, semper heres;* der Prätor behandelt ihn aber so, als wenn er niemals Erbe geworden wäre. Consequent müsste der Prätor nun, da er den Erbschaftserwerb des Pupillen nachträglich annullirt hat, die Rechtshandlungen, die derselbe inzwischen in Bezug auf die Erbschaft vorgenommen hat, für ungültig erklären. Im Interesse der Billigkeit bestimmt aber fr. 6 § 1 cit.: *Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit.* Es sollen also Rechtshandlungen, Zahlungen des Mündels der strengen Consequenz zuwider gültig bleiben, wenn sie *bona fide* vorgenommen sind. Das hat mit der *a. P.* nichts zu thun. Im Gegentheil, der ausgesprochene Grundsatz bildet, wie Francke[1]) mit Recht bemerkt, einen Gegensatz zu der *Pauliana.* Denn während nach demselben der Prätor Rechtshandlungen, die er in Consequenz der von ihm selbst aufgestellten Sätze für wirkungslos erklären müsste, im Interesse der Billigkeit auf-

---

tinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit, quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi: sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant.

[1]) l. c. S. 254.

recht erhält, hebt er durch die *a. P.* an sich gültige Geschäfte im Interesse der Billigkeit auf.

Das Missverständniss, in Folge dessen man die Stellen auf die *a. P.* bezog, rührt offenbar daher, dass die erste der beiden Stellen in dem die *Pauliana* behandelnden Digestentitel steht: dennoch ist sein Entstehen kaum begreiflich, weil ja dasselbe fr. 24 am Ende ausdrücklich sagt, dass Zahlungen mit der *a. P.* schlechthin nicht angefochten werden können.

Hiernach steht also quellenmässig der Satz fest: Zahlung einer eigenen, gültigen und klagbaren Schuld aus einem an und für sich nicht anfechtbaren Geschäfte unterliegt der Anfechtung mittelst der *a. P.* nicht.[1])

Wichtig für das Folgende ist die juristische Begründung dieses Satzes, namentlich die Erörterung, ob wir in dieser Entscheidung der Quellen eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der *a. P.* erblicken müssen, oder ob dieselbe sich aus den Principien der *a. P.* mit Nothwendigkeit ergibt.

Francke[2]) hielt die Zahlung für unanfechtbar, weil der Gläubiger auf sie ein Zwangsrecht habe. Die gedachte Vorschrift, nach der die Zahlung der Anfechtung mittelst der *a. P.* nicht unterliegt, stelle sich rücksichtlich der allgemeinen Ausdrucksweise in fr. 1 *D. h. t.*[3]) als eine Ausnahme dar. Er stützt sich dabei auf die Worte in fr. 6 § 6 cit.: *quem praeses invitum solvere cogat.* Allein abgesehen davon, dass diese Worte wahr-

[1]) Dieser Entscheidung hat sich auch die Praxis allgemein angeschlossen. Von den in Seuffert's Archiv mitgetheilten Entscheidungen urtheilt nur ein älteres Erkenntniss des O. A. G. Dresden (II, 352) abweichend im Sinne der Gratifikationstheorie.

[2]) l. c. S. 140 ff.

[3]) § 2. *Ait ergo praetor „quae fraudationis causa gesta erunt.“ haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum, quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit: nam late ista verba patent.*

scheinlich corrumpirt sind,[1]) ist die Stelle desshalb nicht beweiskräftig, weil sie, wie bereits bemerkt, von dem Falle einer Zahlung a n den Gemeinschuldner handelt. In letzterem Falle sind ganz andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wie bezüglich der v o n dem Gemeinschuldner geleisteten Zahlungen. Denn die Benachtheiligung der Gläubiger kann in diesem Falle nicht in einer Verringerung des Vermögens des Cridars, sondern nur darin liegen, dass man dem Schuldner durch die Zahlung Gelegenheit gibt, die empfangenen Baarmittel durchzubringen oder bei Seite zu schaffen.

Brinz, Günther und Zürcher[2]) behaupten, im Falle der Zahlung liege eine *deminutio patrimonii*, welche das Edict verlange, nicht vor. Schweppe, Dernburg, Römer und Holzschuher[3]) lassen die Zahlung unangefochten, weil der Gläubiger durch sie lediglich erhalte, was ihm gebühre (*suum recipit*), und es eine Verbindlichkeit, auf ein wohlbegründetes Recht zu verzichten, um von einem Andern Verlust fern zu halten, nicht gebe. Kori[4]) stützt sich unter Annäherung an die Gratifikationstheorie auf das „*ius civile vigilantibus scriptum est*“ der Quellen. Dabelow und Weber[5]) betonen die Unbilligkeit, die darin liege, dass ein Gläubiger um des *consilium fraudis* seines Schuldners willen zu kurz komme, einerlei, ob er darum wisse oder nicht. Vangerow endlich und mit ihm Sintenis, Reinhart und Struckmann[6]) finden,

---

[1]) Cf. Huschke l. c. S. 32.

[2]) Brinz, Pandekten I, S. 531, Günther l. c. S. 783 ff., Zürcher l. c. S. 8 ff.

[3]) Schweppe, Concurs S. 150 ff., Dernburg, Pfandrecht I, S. 198, Römer, die Leistung an Zahlungsstatt S. 149, Holzschuher l. c. III, S. 1061 ff.

[4]) Concursprozess § 44, 3.

[5]) Dabelow l. c. S. 423 ff., Weber (Schmidt), gerichtliche Klagen und Einreden S. 315.

[6]) Vangerow l. c. § 697 Anm. I, Sintenis, Civilrecht II, § 129, Reinhart l. c. S. 113 ff., Struckmann l. c. S. 280 ff.

dass bei der Zahlung zwar *deminutio patrimonii* und *eventus fraudis* vorhanden sei, auch könne *consilium fraudis* des Schuldners dabei vorkommen, eine *participatio fraudis* seitens des Gläubigers sei aber nicht denkbar; denn bei diesem sei kein *dolus*, keine *mala fides* möglich, da seine Handlung nicht widerrechtlich sei.

Prüfen wir zunächt die Vangerow'sche Ansicht.

Mala fides ist das Bewusstsein, im Unrecht zu sein, doloses Handeln ist das wissentliche Unrechtthun. „Zahlungsannahme ist nicht anfechtbar, weil kein *dolus* bei derselben möglich ist," heisst also nichts Anderes, als Zahlungsannahme ist kein Unrecht. Vor Einführung der *a. P.* war sie gewiss kein Unrecht; allein ebenso wenig sind die meisten Handlungen, die mit der *a. P.* anfechtbar sind, vorher formelles Unrecht gewesen, ebenso wenig verstiess der, welcher sein ganzes Vermögen verschenkte, um seinen Gläubigern das leere Nachsehen zu lassen, gegen irgend einen Rechtssatz. Soll aber jener Satz sagen, die Zahlungsannahme sei kein Unrecht nach dem Rechte der *Paulliana*, eben weil das *edictum Paullianum* sie nicht mit dem übrigen, früher auch nicht rechtswidrigen Handlungen verboten habe, so enthält er einen vollständigen *circulus in demonstrando*. Denn es handelt sich ja gerade um die Frage, aus welchen Gründen das Edict nicht auch die Zahlungsannahme verboten hat.

Ueberhaupt muss der Versuch, die Unanfechtbarkeit der Zahlung darauf zu stützen, dass bei der Zahlung eine der subjectiven Voraussetzungen der *a. P.* nicht vorhanden sein könne, von vorn herein verfehlt erscheinen. Eine gemeinschaftliche Handlung, bei der der eine Theil *in dolo* ist, während bei dem andern Theile unter keinen Umständen *dolus* möglich sein soll, wäre etwas juristisch Seltsames. Es ist ja möglich, dass bei einer gemeinschaftlichen Handlung der eine Theilnehmer *in dolo* ist, der andere nicht. Dann ist aber die Handlung selbst stets eine objectiv widerrechtliche, und der Grund des mangelnden *dolus*, sei es Wissens- oder Willensmangel, liegt in der Individualität des

Handelnden. Wenn man aber ohne Rücksicht auf die Individualität des Handelnden die Möglichkeit des Vorhandenseins des *dolus* in Bezug auf die Theilnahme an einer bestimmten Handlung leugnet, so muss der Grund dafür in der Handlung selbst liegen; ihr fehlt die objective Widerrechtlichkeit. In unserm Falle also fehlt der Zahlung, wenn ein rechtlich relevanter *dolus* des empfangenden Gläubigers nicht denkbar sein soll, eine der objectiven Voraussetzungen der *a. P.*

Näher auf die Sache selbst geht Brinz ein, der bei der Zahlung das Vorhandensein der *deminutio patrimonii* vermisst, also aus einem Mangel der objectiven Voraussetzungen der *a. P.* die Unanfechtbarkeit der Zahlung erklären will.

Zwei Quellenstellen[1]) scheinen *deminutio patrimonii* als Voraussetzung der *a. P.* zu bezeichnen. Es ist gewiss, dass die Römer sachgemäss das Vermögen im Allgemeinen durch Abzug der Passiva von den Aktivis berechneten, und sonach in der Zahlung *deminutio patrimonii* nicht erblickten. Trotzdem aber bleibt es zweifelhaft, ob nicht in Bezug auf die *a. P.* die *deminutio patrimonii* als Verminderung des Activvermögens zu verstehen sei, da es hier für die Gläubiger nicht darauf ankommt, ob durch die anzufechtende Handlung das Gesammtvermögen des Schuldners vermindert wird, sondern nur darauf, ob sie in Folge derselben weniger erhalten. Struckmann[2]) beruft sich für letztere Auffassung auf fr. 6 § 7 cit. i. f. *D. h. t.*, wonach in der Zahlung nach erfolgter *missio in bona* eine *deminutio patrimonii* liegen müsse, wiewohl dieselbe ebensowenig, als wenn sie vorher erfolgt sei, das Gesammt-

---

[1]) *fr. 6 pr. D. h. t. Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.*

§ 2. eod. Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit.

[2]) l. c. S. 278 ff.

vermögen vermindere. Es würde für diese Auffassung auch sprechen, dass ein Kauf von dem Schuldner zum vollen Werthe, wiewohl dadurch an und für sich das Vermögen des Schuldners nicht verringert wird, dennoch, wie unbestritten, anfechtbar ist, falls der Gläubiger um die Absicht des Schuldners, den Kaufpreis bei Seite zu schaffen, wusste.

Indess ist es sehr zweifelhaft, ob man überhaupt *deminutio patrimonii* als Voraussetzung der *a. P.* aufstellen darf. Die angeführten Stellen brauchen das Wort nur, um einen prägnanten Gegensatz zum Nichterwerbe auszudrücken, und aus so gelegentlich gemachten Aeusserungen ein allgemeines Erforderniss der *a. P.* herzuleiten, ist immer bedenklich.

Huschke[1]) scheint dem wirklichen Grunde der Unanfechtbarkeit der Zahlung näher zu rücken, wenn er in derselben „keine Beeinträchtigung des Vermögens und folglich der übrigen Gläubiger" erblickt. Keller[2]) deutet das Richtige an, indem er kurz sagt: „Zahlung gilt nicht als *fraus*."

Die *a. P.* ist, wie namentlich Laspeyres[3]) hervorhebt, „ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches auf der Billigkeit beruhend nur ausnahmsweise und unter gewissen Bedingungen zu Gebote steht." Sie soll formell Rechtsbeständiges, aber materiell Unbilliges, die Wirkungen einer *fraus*, wiederaufheben. Zahlung enthält keine *fraus* weisst also, sie enthält nach Auffassung der Römer den Gläubigern gegenüber keine materiell unbillige Entziehung dessen, worauf sie einen Anspruch haben, zu Gunsten eines Andern, der darauf keinen Anspruch hat. An und für sich sind alle Gläubiger, soweit sie keine besonderen Vorzugsrechte haben, gleichstark berechtigt. Ist es nun eine unbillige Verkürzung des Einen zu nennen, wenn er dadurch, dass der Andere erlangt, was ihm zukommt, selbst nicht das ihm Gebührende erhält? Das ist

[1]) l. c. S. 32.
[2]) Pandekten II, § 369.
[3]) l. c. S. 36.

die Frage, die jeder Gesetzgeber eines Anfechtungsrechts, die namentlich auch der Urheber der *a. P.* sich vorlegen musste. Eine absolut richtige Antwort lässt sich darauf wegen der Kollision der Interessen wohl nicht geben. Man kann eben so wohl mit dem französischen Rechte zu der Entscheidung kommen: „*Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls*,[1])“ als mit der Preussischen Gerichtsordnung[2]) bestimmen: „Einem Gläubiger kann der Schuldner vor entstandenem Concurse Zahlung leisten, Sachen an Zahlungsstatt abtreten, mehrere Sicherheiten verschreiben und eintragen lassen; es mag dem Gläubiger die Insolvenz des Schuldners bekannt gewesen sein oder nicht.“ In beiden Fällen kann man sich mit Fug auf Billigkeitsgründe berufen. Im ersten Falle schützt man das Interesse Aller gegen Einen, im letzteren das des Einen gegen alle Andern. Dass es nun aber im Geiste des römischen Rechts und namentlich des römischen Schuldenwesens begründet lag, in unserm Falle das Interesse das Einzelnen zu schützen, wird ein flüchtiger Blick auf das römische Executions- und Concursverfahren lehren.[3])

Der Umstand, dass die Execution der Römer ursprünglich nur gegen die Person des Schuldners gerichtet war,[4]) so zwar, dass das Vermögen nur als *annexum* der Person

---

[1]) *Code de commerce art. 447.*

[2]) Allg. Gerichtsordnung I, 50 § 44. Die Bestimmungen der A. G. O. bezüglich der *a. P.* sind übrigens nicht mehr, wie Schönemann l. c. S. 54 ff. anzunehmen scheint, geltendes Recht, sie sind vielmehr durch die Concursordnung und das Anfechtungsgesetz vom 8. Mai 1855 ersetzt worden.

[3]) Cf. Savigny, das altrömische Schuldrecht, in den vermischten Schriften II. S. 396—470, Huschke, das Recht des *nexum*, Dernburg, *bonorum emtio*, Keller, römischer Civilprozess, Bethmann-Hollweg, der röm. Civilprozess, Rudorff, römische Rechtsgeschichte.

[4]) Es ist das allerdings streitig. Savigny l. c. S. 450 ff. und Dernburg l. c. S. 6 ff. nehmen an, dass auch in der frühesten Zeit eine Spezialexecution in das Vermögen durch *pignoris capio* zulässig gewesen sei. Jedenfalls war sie von sehr untergeordneter Bedeutung. Uns fehlt darüber jede Nachricht, während uns in der älteren römi-

den Gläubigern anheimfallen konnte, zeigt deutlich, dass die Römer mehr die persönliche Seite der Privat-Berechtigung, den Anspruch des Willens an den Willen, als die oeconomische Seite derselben, den Anspruch auf eine Vermögensleistung, im Auge hatten. Und dieser Auffassung sind sie auch in der späteren Zeit treu geblieben. Als der entwickelte Verkehr immer dringender eine Execution direct in das Vermögen des Schuldners verlangte, war man allerdings gezwungen, von dem alten, jedenfalls wie rücksichtlich der Person des Schuldners so auch in Beziehung auf sein Vermögen geltenden Grundsatze der zwölf Tafeln: „*Si plus minusve secuerint, se fraude esto*," der so recht zeigt, wie geringen Werth das römische Recht ursprünglich auf die oeconomische Verwirklichung des Rechts legte, abzugehen, und dafür zu sorgen, dass kein Gläubiger über seine Forderung hinaus etwas erhielt. Man war aber weit entfernt davon, ein eigentliches Concursverfahren im modernen Sinne schaffen zu wollen, das einen geordneten Prozess vor einem gemeinschaftlichen Concursgericht behufs gleichmässiger Befriedigung aller Gläubiger erheischt, dem jeder sich bei Strafe der Praclusion mit seinen Ansprüchen anschliessen muss. Eben so wenig theilte man die in modernen Rechten sich findende, mehr den Vermögenswerth des Rechts betonende, Auffassung, wonach der Anspruch auf Leistung des Geschuldeten bei eingetretener Insuffizienz nicht blos factisch, sondern, wenigstens der Gläubigerschaft gegenüber, auch rechtlich auf die Quote reducirt erscheint, die bei einem Concursverfahren auf die betreffende Forderung entfallen würde, und wonach folgerecht der Gläubiger durch das, was er darüber hinaus erhält, die übrigen Gläubiger übervortheilt.[1]) Den Römern war, wie gesagt, eine

schen Geschichte namentlich Livius die Personalexecution und die mit derselben in Beziehung stehenden socialen Verhältnisse und Begebenheiten sehr eingehend darstellt.

[1]) So namentlich im *Code de commerce*. *Cf. art. 441—447*. Die Bestimmungen des *code de commerce* gelten allerdings nur für den kaufmännischen Concurs.

solche Anschauung völlig fremd, und das sogenannte Concursverfahren derselben, für das sie die *bonorum emtio* gewählt hatten,[1]) beruhte auf ganz andern Grundsätzen.

Der Prätor gab nämlich Gläubigern, die darum nachsuchten, durch ein Dekret die *missio rei servandae causa*, d. h. die Erlaubniss, sich in die Detention des Vermögens des Schuldners neben dem Schuldner zu setzen. Durch die Besitzergreifung erwarben die Gläubiger ein prätorisches Generalpfandrecht an dem Vermögen des Schuldners, kraft dessen sie nach Beobachtung verschiedener Formalitäten das Vermögen des Schuldners verkaufen konnten. Der Verkauf erfolgte im Ganzen an einen s. g. *bonorum emtor*, der nun als prätorischer Universalsuccessor des Schuldners galt, und dem die Regulirung der Masse und die Befriedigung der Gläubiger oblag, wobei er den Vortheil hatte, dass er die Forderungen der Gläubiger nicht voll, sondern nur zur Höhe der von ihm gebotenen Prozente zu zahlen hatte. Die Gläubiger hatten bei dem Nachsuchen der Einweisung, durch die sie sich die Befriedigung vor den übrigen einfachen der Einweisung nicht beitretenden Gläubigern sicherten, lediglich ihre eigene Befriedigung im Auge; von einer Edictalcitation sich bei Verlust der Forderung an der Einweisung zu betheiligen, von einem Prioritätsverfahren, einer Locationssentenz war nicht die Rede. Alle, die durch Hypotheken genügend gesichert waren, nahmen an dem Concurse keinen Theil, ebenso ging wahrscheinlich der Anspruch auf eine *species*, insofern sie vorhanden war, dem Rechte der prätorischen Pfandgläubiger vor.[2]) Auch einfache Gläubiger, die an der Einweisung nicht Theil nahmen, erlitten rechtlich

---

[1]) Bemerkenswerth ist, dass die im Anschlusse an die publizistische *bonorum sectio* geschaffene *bonorum emtio* ursprünglich einem ganz anderen Rechtszwecke, nämlich der Sicherung der Gläubiger gegen die *contumacia* des Schuldners diente und erst später im Drange des Bedürfnisses zu einem Surrogate für das fehlende Concursverfahren wurde. Cf. Dernburg, *bonorum emtio* S. 4 ff.

[2]) Günther l. c. S. 798.

eben so wenig eine Schmälerung ihrer Ansprüche, wie durch eine einfache Pfandbestellung, während bei Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens faktisch selbstverständlich ein solches Generalpfandrecht sie um ihre Befriedigung brachte. Dieses ungeschwächte Fortbestehen der Forderungen der nicht immittirten Gläubiger zeigt sich praktisch namentlich darin, dass Retentionsrechte und Compensationsbefugniss, letztere im klassischen Rechte in besonders ausgedehntem Masse als *deductio*.[1]) bestehen blieben und gegen den *bonorum emtor* zur vollen Höhe der Forderung geltend gemacht werden konnten. So ist die *missio in bona* und *bonorum venditio* mehr eine besondere Art der Vermögensexecution, an der sich Mehrere betheiligen konnten, als ein wirkliches Concursverfahren, wie denn überhaupt den Römern das Wort Concurs oder ein synonymes unbekannt war[2]). Von einer Gläubigerschaft, einem gemeinschaftlichen Vertreten und Berücksichtigen der Interessen aller Betheiligten ist nicht die Rede. Der Prätor schutzte nur die, die ihn anriefen, und brachte deren Ansprüche unbekümmert um die Interessen Anderer zur Geltung.[3])

[1]) Gajus IV, 66, 67.

[2]) Dabelow l. c. S. 1.

[3]) Das hier dargestellte Concursverfahren des klassischen Rechts ist allerdings im neuesten Rechte bedeutend geändert. Es verlor sich die *bonorum emtio* mit der Abschaffung der *cadicia ordinaria*, und wurde nunmehr der Verkauf der Masse im Einzelnen durch einen von den eingewiesenen Gläubigern gewählten Curator besorgt. Dadurch wurde eine gemeinschaftliche Verwaltung der Masse durch die Gläubiger, sowie eine Erörterung über Existenz und Priorität der geltend gemachten Forderungen nothwendig. Endlich bestimmte *Justinian (c. 10 C. de bonis auctor. iud. 7, 72)*, dass Alle, die innerhalb zwei bez. vier Jahren der *missio in bona* beitreten würden, ein gleich starkes Pfandrecht mit denen haben sollten, die sie zuerst nachgesucht hatten. Durch diese Veränderungen wurde das Verfahren dem Concursverfahren des gemeinen deutschen Rechts erheblich näher gebracht; obwohl Prüfung der Ueberschuldung von Amtswegen, Edictalcitation, förmliche Locationssentenz, gerichtlicher Verkauf und gerichtliche Vertheilung der Masse, überhaupt ein Universalconcursgericht auch

Wenn hiernach unter den sogenannten Concursgläubigern des römischen Rechts lediglich Gläubiger zu verstehen sind, die durch Einweisung ein Vorzugsrecht vor den übrigen erlangt haben, dann stellt sich, um zur Sache zurück zu kommen, die oben aufgeworfene Frage für das römische Recht nicht mehr dahin: Ist es billig, auch schon vor dem Concurse das Interesse Aller zum Zwecke gleichmässiger und geordneter Befriedigung Aller gegen das Sonderinteresse des Einzelnen zu schützen oder umgekehrt? sondern: Fordert es die Billigkeit, dass man dem einen Gläubiger, der erhielt, was ihm zukam, das Erhaltene wieder entzieht zu Gunsten nicht aller anderen, sondern nur derer, die erst später ein prätorisches Pfandrecht an dem Vermögen des Schuldners erhielten, lediglich, weil sie dasselbe erhielten, und um demselben gewissermassen rückwirkende Kraft zu geben? Darauf konnte das römische Recht nur antworten: Es liegt in der Zahlung keine unbillige Verkürzung der später eingewiesenen Gläubiger, es hat die *a. P.* keinen Raum. Das *suum recipit* der Quellen ist also keine Singularität, sondern der consequente Ausfluss des Principes der *Pauliana*.

Diese Begründung der Unanfechtbarkeit der Zahlung findet aber nicht nur nicht, wie Francke annahm, in den Quellen Widerspruch, sondern es weisen vielmehr die beiden die Unanfechtbarkeit der Zahlung aussprechenden Stellen deutlich auf diese Begründung hin.

In fr. 6 § 7 cit. wird gesagt, nach Eröffnung des Concurses verletze die Zahlungsannahme das Recht der eingewiesenen Gläubiger, sie enthalte denselben gegenüber ein *praeripere;* also ist vor der Einweisung die Zahlungsannahme kein *prae-*

---

dem neuesten römischen Rechte unbekannt blieben. (Cf Bayer l. c. § 18.) Jedenfalls aber kann auch im neuesten Rechte ein Uebergang zur der gedachten modernen Auffassung des Anspruches auf Befriedigung nicht gefunden werden.

Für die Erkenntniss der die *a. P.* in dieser Beziehung leitenden Gesichtspunkte kam es vorzüglich auf die Darstellung des älteren und klassischen Rechts an.

ripere, und das müsste man doch annehmen, wenn man die Unanfechtbarkeit der Zahlung als eine Ausnahme von der Regel, dass der Schuldner auch schon vor dem Concurse seine Gläubiger gleichmässig zu befriedigen verpflichtet sei, ansehen will.

Die andere Stelle (fr. 24 cit.) stützt ihre Entscheidung auf den Satz, *ius civile vigilantibus scriptum est*, und das kann doch hier nichts Anderes heissen, als: Jeder Gläubiger hat nach Civilrecht seine Forderung, und damit Anspruch auf volle Befriedigung derselben. Tritt nun die factische Unmöglichkeit der Befriedigung aber Gunsten ein, so soll der einzelne Gläubiger keineswegs verpflichtet sein, nicht mehr als die bei gleichmässiger Vertheilung des schuldnerischen Vermögens auf seine Forderung entfallende Quote zu nehmen. Er bleibt befugt seinen ihm nach Civilrecht zustehenden Anspruch nach wie vor zur vollen Geltung zu bringen. Er übt damit nur sein Recht aus, und wenn dadurch die Befriedigung Anderer factisch unmöglich gemacht wird, so liegt darin nicht ein Unrecht seinerseits, sondern es ist ein in den factischen Verhältnissen liegender Unfall, den jene selbst tragen und sich selbst zuschreiben müssen.

Wenn danach bei der Zahlung *fraus* nicht vorliegen kann, so kann auch nicht von einem rechtlich relevanten *consilium fraudis* des Schuldners und eben so wenig von *conscientia fraudis*, *mala fides*, *dolus* des Gläubigers die Rede sein. Diejenigen also, welche den Mangel dieser Erfordernisse der *a. P.* betonen, sind damit nicht im Unrecht; sie haben aber nicht den eigentlichen Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung hervorgehoben, sondern nur Consequenzen desselben, und daher sind die von ihnen gezogenen Analogien mangelhaft.

Halten wir also als Resultat der bisherigen Untersuchung fest:

Zahlung einer rechtsgültigen, fälligen Schuld seitens des Schuldners mit eigenen Mitteln unterliegt der Anfechtung mittelst der *a. P.* nicht, weil dieselbe nach Auffassung des

römischen Rechts eine *fraus*, eine unbillige Verkürzung der übrigen Gläubiger nicht enthält; und dieser Auffassung muss im Gegensatze zu der modernen Auffassung, nach der dem Gläubiger auch rechtlich nur die Quote gebührt, die ihm im Concurse zufallen würde, nach der für den Schuldner auch schon vor dem Concurse die Pflicht gleichmässiger Befriedigung seiner Gläubiger statuirt wird, und nach der also auch die Zahlung eines Mehr eine *fraus* gegen die Mitgläubiger enthält, das auf römischer Grundlage stehende gemeine deutsche Recht folgen.

§ 3.

Wir können nunmehr, ohne uns bei der bereits erwähnten und begründeten Entscheidung, dass Zahlungen mit fremdem Gelde dem wissenden Empfänger gegenüber von demjenigen, mit dessen Gelde gezahlt ist, angefochten werden können, aufzuhalten, zu der Untersuchung der Anwendbarkeit der *a. P.* auf die Zahlung einer noch nicht fälligen Forderung übergehen.

Ueber diese Frage sprechen zwei Quellenstellen: fr. 10 § 12 *D. h. t.*[1]) und fr. 17 § 2 *D. h. t.*[2]) Francke,[3]) der wie wir sahen den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung in dem Zwangsrecht der Gläubiger auf die Zahlung sieht, findet in diesen Stellen ausgesprochen, bei Zahlung einer noch nicht fälligen und daher nicht zwangsweise beitreibbaren

---

[1]) *Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri.*

[2]) *Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi: nam praetor fraudem etiam in tempore fieri intellegit.*

[3]) l. c. S. 266—68.

Schuld könne der Vortheil der Vorauszahlung gefordert werden, und dieser bestehe in dem, was der befriedigte Gläubiger mehr erhalten habe, als er im Concurse erhalten haben würde. Francke unterscheidet, ohne eigentlich den von ihm aufgestellten Satz consequent durchzuführen, ob der Verfalltag der Forderung vor der Concurseröffnung liegt oder nicht. Im ersten Falle lässt er nur die Klage auf die von dem Gläubiger durch die Vorauszahlung etwa lucrirten Zinsen zu, im andern Falle gestattet er dagegen Rückforderung des Gezahlten nach Abzug dessen, was der bezahlte Gläubiger im Concurse erhalten haben würde.

Auf der Francke'schen Ansicht beruht das einzige mir bekannte Urtheil eines deutschen obersten Gerichtes, das diese Frage entscheidet.[1])

Auch Hasenke[2]) und Laspeyres[3]) stimmen im Ganzen Francke zu. Letzterer sucht in 10 § 12 D. cit. mit dieser Ansicht dadurch noch besser in Einklang zu bringen, dass er statt „*in eo*" „*idem*" lesen oder das „*in*" ganz streichen will, ohne dafür allerdings einen andern Grund anzugeben, als dass dann die Stelle besser mit seiner Ansicht harmoniren würde. Für die Unwirksamkeit einer betagten Forderung vor dem Verfalltage beruft er sich auf fr. 7 § 14 *D. quib. ex caus. in poss. 42. 4.*[4])

Vangerow dagegen und mit ihm die meisten Neueren[5]) halten die Zahlung einer betagten Schuld überhaupt nicht

[1]) Erk. des O. A. G. Dresden (Seuffert, Archiv IV, 275.)

[2]) l. c. S. 33.

[3]) l. c. S. 75 ff.

[4]) *Si in diem vel sub condicione debitor latitet, antequam dies vel condicio veniat, non possunt bona eius venire: quid enim interest, debitor quis non sit an nondum conveniri possit? nam et si non sit debitor, idem dicemus.*

[5]) Vangerow l. c. III, S. 627, Windscheid l. c. II, S. 685, Holzschuher l. c. III, § 330, 3a, Keller l. c. II, S. 142, Schönemann l. c. S. 23, Zürcher l. c. S. 23, Reinhart l. c. S. 118 ff., Friedlaender, *de actione Pauliana* S. 40.

für anfechtbar, da auch hier der empfangende Gläubiger nur seine Befriedigung erhalte und desshalb nicht *in mala fide* sein könne. Sie lassen nur bei unverzinslichen Forderungen die Klage auf das *interusurium* zu, falls solches nicht bei der Zahlung in Anrechnung gebracht ist.

Ob eine betagte Forderung vor dem Fälligkeitstermine bereits existent sei oder nicht, ist bekanntlich controvers.[1]) Die herrschende Ansicht geht dahin, dass die betagte Forderung bereits vor dem Verfalltage vorhanden, und nur die Geltendmachung des Inhalts derselben hinausgeschoben sei. Der Anspruch auf Befriedigung ist also vorhanden; es kann aber vom Gläubiger vor dem Fälligkeitstermine die Befriedigung selbst nicht verlangt werden. Vielmehr ist es im Zweifel lediglich von der Willkür des Schuldners abhängig, ob er durch eine frühere Zahlung die Obligation tilgen will. Zahlt der Schuldner freiwillig früher, so kann darin, wenn für die dem Schuldner entzogene Nutzung während der Zeit bis zur Fälligkeit ein entsprechender Abzug gemacht ist, eine *fraus* nicht liegen. Der Gläubiger hat nichts als seine Befriedigung erhalten, und den übrigen Gläubigern ist nichts entzogen zu Gunsten Jemandes, der darauf keinen Anspruch gehabt hätte. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob der Fälligkeitstermin der Forderung vor der Concurseröffnung liegt oder nach derselben. Wer im letzteren Falle dem Gläubiger nur das lassen will, was er beim Concurse erhalten haben würde, der gibt den Wirkungen des Concurses rückwirkende Kraft, und wendet sie auf Verhältnisse an, die vor der Concurseröffnung vollständig geordnet sind. Dass eine derartige auf modernen Anschauungen beruhende Auffassung ganz unrömisch ist, ist bereits gezeigt. Sie würde aber innerhalb des römischen Verfahrens auch gar nicht praktisch zur Geltung gebracht werden können. Nehmen wir an, der *bonorum emtor* fordere mit der *a. P.* das Gezahlte zurück;

---

[1]) Cf. die Ausführungen bei Brinz l. c. II, S. 1519 ff., Windscheid l. c. I, § 96[5], Sintenis l. c. I, § 21[14].

dann kann der verklagte Gläubiger seine Forderung im Wege der *deductio* abziehen, selbst wenn sie zur Zeit noch nicht fällig sein sollte; das bezeugt Gaius ausdrücklich.[1] So würde also als Resultat der Klage doch nur Rückzahlung des über den Werth der Forderung zur Zeit der Zahlung hinaus Gezahlten übrig bleiben.

Ist für die Nutzungen der Zwischenzeit ein Abzug, *interusurium*, nicht gemacht, so ist auf denselben (und die Berechnung desselben wird freiestem richterlichen Ermessen zu überlassen sein) die *a. P.* zulässig, wenn die fraudulöse Absicht des Schuldners konstirt, und zwar bei *conscientia fraudis* des Schuldners auf den vollen Betrag des *interusurium*, und falls sich diese nicht erweisen lässt, auf die zur Zeit der Klageanstellung noch vorhandene Bereicherung. Denn der Nichtabzug des *interusurium* involvirt ein reines *lucrum*.

Der hier vertretenen Ansicht widersprechen auch die Quellen durchaus nicht.

---

[1] IV, 67. *Item vocatur in deductionem et id, quod in diem debetur.*

Man konnte vielleicht auf Grund des fr. 8 *D. h. t.* (s. o. S. 9 Anm. 1.) annehmen wollen, dass gegen die *a. P.* die *deductio* und *retentio* nicht zulässig gewesen seien, da ja dann auch der Käufer, dem mit der *a. P.* das Kaufobject abverlangt werde, das Kaufgeld *deducendo* bez. *retinendo* habe geltend machen können; und dem stehe fr. 8 cit. entgegen. Allein beim Kaufe liegt zumeist die *fraus* darin, dass dem Schuldner Gelegenheit gegeben wird seine Sache zu versilbern und das Geld auf die Seite zu bringen. Da also, wenn der Kaufpreis nicht mehr vorhanden ist, daran der Käufer, der die fraudulöse Absicht des Schuldners kannte, mitschuldig ist, so würde ihm, falls er der *actio Pauliana excipiendo* seinen Anspruch auf das gezahlte Kaufgeld entgegensetzen wollte, die *replicatio doli* mit Recht entgegenstehen.

Im Uebrigen ist aber durchaus kein Grund vorhanden, gegen die *a. P.* Compensation, bez. nach klassischem Rechte auch *deductio*, nicht zuzulassen, und würde, namentlich, wenn die Erfüllung einer Obligation mit der *a. P.* angefochten werden könnte, der Anspruch aus der an und für sich nicht anfechtbaren Obligation der *a. P.* mit Erfolg entgegengesetzt werden können.

Fr. 10 § 12 cit. gestattet eine Klage auf das *commodum repraesentationis*, den Vortheil also, den der Gläubiger durch die Vorausbezahlung erhalten hat, und das ist, wie eben ausgeführt, der Werth der Nutzung in der Zwischenzeit.

Bedenklicher könnte fr. 17 § 12 cit. sein, da hier die Klage auf das gegeben wird, „*quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi.*“ Bei diesen Worten und noch mehr bei deren Uebertragung in den Basiliken: εἰς ὅσον διαφέρει, ἀνατρέπεται τὸ προχθέν,[1]) könnte man dem Gedanken Raum geben, das Interesse der Gläubiger daran, dass die Zahlung zur rechten Zeit nach der Concurseröffnung erfolge, bestehe darin, dass der Gläubiger nicht mehr erhalte, als ihm im Concurse zugefallen sein würde. Indess enthält die Stelle durchaus nichts, was eine solche Auffassung nothwendig machte. Dazu kommt aber, dass sie von dem Fall der früheren Rückerstattung der *dos* an die Frau handelt; die Dotalforderung aber gelangte schon im klassischen Rechte kraft des ihr zustehenden *privilegium exigendi* im Concurse vor den übrigen Forderungen zur Befriedigung. Hier konnte es also bei Zahlung vor der Fälligkeit gar nicht in Frage kommen, ob die *a. P.* wegen Zahlung betagter Forderungen nur auf das *interusurium* oder darüber hinaus zulässig sei. Und allgemeine Ausführungen besonders der römischen Juristen erhalten erst ihre wahre Bedeutung in der Anwendung auf den von dem betreffenden Juristen *in concreto* entschiedenen Fall.

Die nunmehr zu erörternde Frage, ob Zahlung einer suspensiv-bedingten Schuld mit der *a. P.* anfechtbar sei, haben weder die Quellen beantwortet, noch haben sich die meisten der neueren Schriftsteller darüber ausgesprochen.

Francke[2]) gestattet die *a. P.*, falls das *consilium fraudandi* des Schuldners nachgewiesen ist. Er unterscheidet

---

[1]) Bas. IX, 8, 17.
[2]) l. c. S. 269 ff.

gerade wie rücksichtlich der betagten Forderung. Ist die Bedingung noch vor der Concurseröffnung erfüllt, so gibt er die *a. P.* nur auf das etwaige *interusurium*, ist die Bedingung erst nach der Concurseröffnung erfüllt, schwebt sie noch, oder ist ihr Eintreten unmöglich geworden, so erachtet er die *a. P.* auf Rückforderung der ganzen gezahlten Summe für zulässig.

Zurcher[1]) stimmt mit diesen Ausführungen in Wesentlichen überein. Er bestimmt als Zeitpunkt, bis wohin die Bedingung erfüllt sein muss, damit nicht unbedingte Anfechtbarkeit der Zahlung eintrete, den Schluss der Eingabefrist im Concurse, weil die bis dahin nicht angemeldeten Forderungen aus früheren Rechtsgeschäften als für die Masse nicht bestehend angesehen werden. Für den Fall, dass die Bedingung bis dahin erfüllt ist, gibt Zurcher verschiedene Entscheidungen, die den verschiedenen Ansichten über die rückwirkende Kraft der Bedingung angepasst sind. Falls man annehme, das Geschäft entstehe erst mit der Erfüllung der Bedingung, so werde der Empfänger ganz zurückzahlen müsse, wenn nicht Compensation bis auf das Interusurium gestattet werde. Wenn man aber die Entstehung der Obligation mit dem Tage des Contracts, ihre Fälligkeit aber erst mit der Erfüllung der Bedingung beginnen lasse, werde nur Klage auf das Interusurium gegeben sein. Gar keine Anfechtung finde dagegen statt, wenn man die rückwirkende Kraft auch auf die Fälligkeit ausdehne.

Man kann diesen Sätzen nur beistimmen.

Die Zahlung einer bedingten Schuld vor Erfüllung der Bedingung enthält objectiv, wenn durch dieselbe Insolvenz herbeigeführt ist, oder dieselbe im Zustande der Insolvenz geschieht, eine *fraus*, eine Verkürzung der Gläubiger zu Gunsten Jemandes, der auf die Zahlung noch keinen Anspruch hatte: und sie ist beim Hinzutreten der übrigen Vor-

[1]) l. c. S. 22 ff.

aussetzungen mit der *a. P.* revokabel. Es fragt sich aber, wie wirkt die nachträgliche Erfüllung der Bedingung?

Tritt die Bedingung vor Eröffnung des Concurses ein, so erscheint jetzt, man mag über die rückwirkende Kraft der Bedingung denken, wie man will, die vorher geleistete Zahlung nicht mehr als Zahlung eines *indebitum*, sondern als Zahlung eines *debitum*. Die ursprünglich in derselben enthaltene *fraus* verliert ihre Wirksamkeit.

Erfolgt aber die Erfüllung der Bedingung erst nach der Concurseröffnung, so bleibt wenigstens im römischen Rechte die *fraudulose* erfolgte Zahlung an sich anfechtbar.

Forderte jedoch der *bonorum emtor* die Zahlung, sei es mit der *a. P.*, sei es mit der *condictio indebiti* oder *ob causam datorum* zurück, so konnte, wenn bis dahin die Bedingung erfüllt war, im Wege der Compensation die geschehene Zahlung aufrecht erhalten werden.

Formell ist für uns der Zeitpunkt der Einziehung der Forderung durch den *bonorum emtor* verschwunden. Wir haben ihm also den Zeitpunkt zu substituiren, der materiell im heutigen Concursverfahren mit ihm gleichbedeutend ist. Die *deductio* gegen die Klage des *bonorum emtor* war im römischen Rechte der letzte Termin, an dem eine Forderung möglicherweise der Concursmasse gegenüber zur Geltung gebracht werden konnte. Dieser letzte Termin ist heute Compensation gegen die Klage des Concurscurators, insoweit solche zulässig ist. In der Streitfrage über die Zulässigkeit der Compensation im heutigen Concurse[1]) entscheiden sich die meisten Neueren dahin, dass sie nur dann gestattet sei, wenn alle Erfordernisse der Compensabilität schon vor der Concurseröffnung vorhanden waren. Dieser Ansicht folgend würde man in unserm Falle nur dann Compensation gegen die Klage der Concursgläubiger gestatten, wenn man ver-

[1]) Cf. Dabelow S. 682 ff., Bayer l. c. § 28, Martin, Prozess § 322, Schweppe l. c. § 60, Mackeldey, Pandekten § 772, Heimbach s. v. Compensation in Weiske's Rechtslexikon II, S. 743, Günther daselbst s. v. Concurs S. 828.

möge der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung die Compensabilität als schon vor Eröffnung des Concurses vorhanden gewesen betrachten wollte. Thut man das nicht, so ist für unsern Fall der Schluss der Eingabefrist als der letzte Zeitpunkt hinzustellen, bis zu dem die Bedingung erfüllt sein muss, damit die Forderung der Concursmasse gegenüber zur Geltung gebracht werden kann.

Wir kommen also mit Zurcher zu dem Resultat, dass Zahlung einer bedingten Schuld, wenn die Bedingung bis zum Schlusse der Eingabefrist im Concurse erfüllt ist, nicht anfechtbar ist, und die *a. P.* höchstens auf das über den Betrag der Forderung nach Abrechnung des etwaigen *interusurium* hinaus Gezahlte sich erstrecken kann, dass im andern Falle aber Rückforderung des Gezahlten bez. der vorhandenen Bereicherung zulässig ist.[1])

Auch über die Anfechtbarkeit der Zahlung einer *obligatio naturalis* mittelst der *a. P.* schweigen die Quellen.

Nach Vangerow[2]) ist die *a. P.* ausgeschlossen. Er hält das für noch viel gewisser, wie die Unanfechtbarkeit der Zahlung einer *civilis obligatio*, da nach dem Wesen der *naturalis obligatio* eine besondere *vigilantia* des Gläubigers erforderlich sei, und daher in deren Anwendung eine *mala fides* nicht gefunden werden könne.

Diese Ansicht theilen auch Windscheid[3]) und Reinhart.[4]) Der letztere betont mit Brinz[5]), dass die *naturalis obligatio* ein wirkliches *passivum* sei, bei einer Zahlung der Empfänger nur erhalte, was ihm geschuldet werde, mithin der Satz gelte: „*nihil dolo facit, qui suum recipit.*"

[1]) Ausserhalb des Concurses wird der Zeitpunkt, bis zu dem spätestens die Bedingung eingetreten sein muss, die Anstellung der *a. P.* seitens des die Execution betreibenden Gläubigers sein.

[2]) l. c. § 697, Anm. III.

[3]) l. c. II, § 643, Nr. 6.

[4]) l. c. S. 122.

[5]) l. c. S. 531. Ebenso Friedlaender l. c. S. 36 ff., der die Vangerow'sche Begründung ausdrücklich verwirft.

Holzschuher[1]) hält die Zahlung der *naturalis obligatio* ebenfalls für unanfechtbar, da man auf die natürliche Forderung consequent dasselbe anwenden müsse, was von einer *obligatio civilis*, welche noch nicht wirksam und klagbar sei, gelte.

Francke[2]) dagegen hält diese Analogien nicht für stichhaltig, da die *obligatio naturalis* keine vollgültige *obligatio* sei, und gestattet Anfechtung der Zahlung einer *obligatio naturalis*. Ebenso Huschke,[3]) falls nicht durch eine besondere Gewissenspflicht der *animus fraudandi* ausgeschlossen sei. Damit stimmt im Wesentlichen Zürcher[4]) überein, der die Anfechtbarkeit einer solchen Zahlung lediglich von der *in concreto* zu beantwortenden Frage abhängig macht, ob *bona fide* gezahlt sei oder nicht.

Der Begriff der *obligationes naturales* lässt sich nur negativ dahin bestimmen, dass es Verbindlichkeiten sind, denen etwas an der vollen rechtlichen Kraft fehlt, die aber dennoch für das Recht nicht gänzlich bedeutungslos erscheinen. Alle *obligationes naturales* haben das Gemeinsame, dass ihnen die Klagbarkeit fehlt. In ihren positiven Wirkungen aber sind sie sehr verschieden. Viele, und das sind die wirksamsten, erzeugen zwar keine *actio*, aber eine *exceptio*, sie sind namentlich durch Compensation und Retention geltend zu machen. Weitaus die meisten bewirken wenigstens die sog. *soluti retentio*. Sie können gültig erfüllt, und eine Zahlung derselben kann nicht mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden. Alle aber sind fähig, die Grundlage zu einem Rechtsgeschäfte zu bilden, zu dessen Bestande eine Verbindlichkeit vorausgesetzt wird.

Die Frage nun, ob in der Zahlung der *obligatio naturalis* seitens des insolventen Schuldners eine *fraus creditorum* zu erblicken ist, wird sich ohne positive Bestimmungen oder wenigstens ohne positive Anhaltspunkte schwerlich mit Sicher-

---

[1]) l. c. III, S. 1164.
[2]) l. c. S. 269.
[3]) l. c. S. 32.
[4]) l. c. S. 24.

heit beantworten lassen. Denn man wird für das Fehlen der *fraus* sich darauf berufen können, dass durch Zahlung einer *obligatio naturalis* eine wirkliche Verbindlichkeit erfüllt ist, das den Gläubigern Entzogene also nicht zu Gunsten Jemandes verwendet ist, der darauf gar keinen Anspruch hatte. Für das Vorhandensein einer *fraus* dürfte dagegen sprechen, dass der einer *obligatio naturalis* entspringende Anspruch schwächer ist, als der einer *obligatio civilis* entstammende, und daher durch die Zahlung der ersteren die Gläubiger aus einer *civilis obligatio* zu Ungebühr hintan gesetzt seien, zumal die *obligatio naturalis* auch im Concurse gar nicht berücksichtigt sein würde.

Ich glaube, dass die Römer wenigstens in der Zahlung aller der *obligationes naturales*, mit denen compensirt werden kann, eine *fraus creditorum* nicht erblicken konnten, da die Empfänger im klassischen Verfahren gegen die *a. P.* des *bonorum emtor* ihre Forderung hätten compensiren und so die *a. P.* gegenstandslos machen können. Dagegen noch weiter zu gehen und auch die Zahlung der *obligationes naturales* unter keinen Umständen für fraudulös zu halten, bei denen *solutio retentio* stattfindet, halte ich für bedenklich. Denn dass eine Zahlung auf eine *obligatio naturalis* gültig erfolgen kann, wiewohl es nicht das geringste Mittel gibt, eine derartige Befriedigung sich zu verschaffen, beweist noch nicht, dass ein wirklicher Anspruch auf Befriedigung vorliegt, der mit andern Ansprüchen concurriren könnte. In einer solchen Zahlung wird man mit Recht eine ungerechtfertigte Verkürzung der übrigen Gläubiger erblicken können. Sie wird also objectiv geeignet sein, mit der *a. P.* angefochten zu werden. Aber mit dem Erfordernisse des *consilium fraudandi* muss es hier, gerade auch wie bei der Anfechtung einer remuneratorischen Schenkung besonders streng genommen werden. Ich würde in Uebereinstimmung mit dem oben S. 6—8 unter Hinweis auf fr. 43 § 7 *D. de aedil. edicto 21, 1.* und fr. 9 *D. de alien. iud. mut. c. 4, 7.* Ausgeführten *consilium fraudis* seitens des Schuldners nur

dann annehmen, wenn bei der Zahlung nicht Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sondern Verkürzung der übrigen Gläubiger seine erste Absicht war. Ausserdem würde ich aber auch *conscientia fraudis* seitens des Empfängers erfordern, wenigstens in den Fällen, wo die *condictio indebiti* gegen die Zahlung ausgeschlossen ist, da ein reines *lucrum* in der Zahlung einer *obligatio naturalis* wohl nicht zu finden ist.

§ 4.

Während wir in Betreff der Anfechtbarkeit der Zahlung die Juristen trotz der Mannigfaltigkeit der Begründung im Resultate ziemlich einig fanden, werden wir rücksichtlich der Anfechtbarkeit der Deckungsgeschäfte, also namentlich der *datio in solutum* und der Pfandbestellung finden, wie den verschiedenen Anschauungsweisen auch die verschiedenartigsten Entscheidungen entstammen.

Besonders ist in Bezug auf die *datio in solutum* den Controversen ein um so freierer Spielraum gelassen, als uns über die Anfechtbarkeit derselben jegliche Gesetzesstelle fehlt, wir also lediglich darauf angewiesen sind, die Entscheidung aus den allgemeinen Bestimmungen über die *actio Pauliana* und durch analoge Anwendung der in Beziehung auf verwandte Fälle geltenden Grundsätze zu finden.

Francke[1]), der die Unanfechtbarkeit der Zahlung mit dem Zwangsrecht der Gläubiger begründet, hält die *datio in solutum* für anfechtbar, da der Gläubiger auf eine Hingabe an Zahlungsstatt ein Zwangsrecht nicht habe.

Ebenso halten diejenigen, welche wie Holzschuher, Dernburg, Römer[2]) die Unanfechtbarkeit der Zahlung lediglich auf das *„suum recipit“* der Quellen stützen und als einen Ausnahmefall betrachten, die *d. i. s.* für anfechtbar, da hier der

[1]) l. c. S. 262 ff.

[2]) Holzschuher l. c. III, S. 1164, Dernburg, Pfandrecht I, S. 198, Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 149, Schweppe, Concursprozess, S. 150 ff.

Gläubiger etwas Anderes erhalte als ihm gebühre, und die *d. i. s.* ein neues Rechtsgeschäft sei. Nur Schweppe ist für die Unanfechtbarkeit der *d. i. s.*

Von denjenigen, welche den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung in der mangelnden *mala fides* des Empfängers fanden, halten die meisten, wie Vangerow, Arndts, Sintenis und Schönemann[1]) die *a. P.* gegen eine *d. i. s.* für zulässig. Sie halten nämlich die Annahme einer *d. i. s.* von einem insolventen Schuldner für ein Unrecht, da der Gläubiger annehme, was ihm nicht zukomme, und dabei *mala fides* möglich sei. Reinhart und Struckmann[2]) dagegen nehmen an, dass auch bei der *d. i. s. mala fides* des Empfängers, also auch die *a. P.* ausgeschlossen sei.

Diejenigen Juristen, welche die Unanfechtbarkeit der Zahlung aus einem Mangel einer objectiven Voraussetzung erklären, wie Brinz, Gunther, Puchta und Zürcher[3]), halten sämmtlich aus demselben Grunde auch die *d. i. s.* für unanfechtbar.

Die Praxis ist rücksichtlich unserer Frage ein Spiegel dieser Mannigfaltigkeit der Theorie.

Nur die O. A. G. Lübeck[4]) und Jena[5]) halten die *d. i. s.* nicht für anfechtbar, und das O. A. G. Jena hat sogar neuerdings in Folge eines von der Juristenfakultat zu Leipzig eingeholten Spruches diese Ansicht wieder aufgegeben.[6]) Alle anderen höchsten Gerichtshöfe Deutschlands[7]) lassen die

[1]) Vangerow III, § 697, Anm., V. Arndts § 228k und Anm. 3, Sintenis II, § 129, Anm. 26, Schönemann S. 25 ff.

[2]) Reinhart l. c. S. 125 ff., Struckmann l. c. S. 280 ff.

[3]) Brinz l. c. I, S. 531, Günther l. c. S. 783 ff., Puchta, Vorlesungen § 380, Zürcher l. c. S. 15 ff., Friedlaender l. c. S. 41.

[4]) Seuffert, Archiv IV, 276 und VI, 125 (in Beziehung auf einen Fall aus Hamburg, wo die Unanfechtbarkeit der *d. i. s.* unbestritten Rechtens ist. cf. Baumeister, Hamburgisches Privatrecht S. 403 ff.)

[5]) Daselbst VI, 305.

[6]) Daselbst XXVII, 193.

[7]) So namentlich die O. A. G. Cassel (Seuffert, Archiv III, 250, XXII, 106, Strippelmann, Entscheidungen V, 1), Celle (Seuffert, A. IX,

a. P. gegen eine *d. i. s.* zu. Die Begründung dieser Entscheidung in den einzelnen Urtheilen ist gerade so verschieden, wie die Ansichten über die zur Begründung der *a. P.* gegen eine *d. i. s.* erforderlichen Voraussetzungen.

Bevor ich der Frage selbst näher trete, dürfte ein kurzes Wort über den Begriff der *d. i. s.* am Platze sein.[1])

Nachdem man die früheren künstlichen Konstruktionen, nach denen die *d. i. s. principaliter* ein zweiseitiger obligatorischer Vertrag sein sollte, aus dem nur mittelbar die Liberirung hervorgehe, allgemein aufgegeben hat, definirt man jetzt die *d. i. s.* als ein auf Aufhebung der Obligation gerichtetes Geschäft, bei dem die Schuld, wie bei der eigentlichen Zahlung[2]) *ipso iure* und durch materielle Befriedigung, im Unterschiede von der Zahlung aber dadurch getilgt wird, dass statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes ein andrer, eine Sache im weiteren Sinne, geleistet wird. Da jedoch an sich weder der Gläubiger verpflichtet ist,[3]) eine andere als die geschuldete Leistung anzunehmen, noch der Schuldner etwas Anderes als das Geschuldete zu leisten braucht, so geht der *d. i. s.* regelmässig eine Verabredung der Parteien voraus, und wenn eine solche früher nicht erfolgt ist, haben wir bei dem Geschäfte der *d. i. s.* selbst diese ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung von dem Akte des *in solutum dare* zu unterscheiden. Diese Verabredung kann nun in verschiedenem Sinne ergangen sein.

---

356 ff. und XXV, 94), Kiel (daselbst XII, 228), München (XXI, 186), Wolfenbüttel (XXI, 185), Darmstadt (XVIII, 202) und Berlin (XXVII, 285).

[1]) Cf. besonders Vangerow § 583, Anm. 1 und Römer l. c. S. 1—31.

[2]) Die Quellen stellen die *d. i. s.* der Zahlung mehrfach gleich. fr. 176 *D. de verb. sign. 50, 16: Solutionis verbo satisfactionem omnem accipiendam placet.* fr. 46, fr. 52 *D. de solut. 46, 3*, fr. 2 § 1 *D. de rebus cred. 12, 1.*

[3]) Abgesehen von dem Falle des *beneficium dationis in solutum*, in dem die *d. i. s.* auf Grund gesetzlicher Vorschrift eintritt.

Im Zweifel haben wir sie so zu verstehen, dass dem Schuldner die Befugniss gegeben wird, statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes einen andern zu leisten, ein Fall der *facultas alternativa*. Es kann jedoch der Vertrag auch den Sinn haben, dass der Schuldner zur Leistung des neu bestimmten Gegenstandes verpflichtet sein soll, und zwar entweder so, dass dieser die einzig zulässige Leistung sein soll, und dann haben wir eine Novation, oder in der Art, dass die Leistung neben die andere treten, und der Gläubiger die Wahl haben soll, und dann liegt ein *constitutum* vor. [1])

Bei der Untersuchung der Anfechtbarkeit der *d. i. s.*, zu der ich nunmehr übergehe, wende ich mich zunächst zu dem Falle, dass für eine fällige klagbare Schuld eine Sache an Zahlungsstatt gegeben wird, deren Werth den Betrag der Forderung nicht übersteigt.

Da, wie gezeigt, der einzige Unterschied zwischen Zahlung und *d. i. s.* darin besteht, dass ein anderes, in dem von uns gesetzten Falle aber gleichwerthiges, Object der Befriedigung substituirt wird, so wird man von vornherein geneigt sein, die in Bezug auf Zahlungen geltenden Grundsätze auch auf die *d. i. s.* anzuwenden, sofern nicht die bezeichnete Verschiedenheit eine andere Entscheidung bedingen sollte.

Als Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung erkannten wir den Mangel der *fraus*. Wir müssen folgerichtig sagen: Auch in der *datio in solutum* mit der gemachten Einschränkung liegt keine *fraus*. Der Empfänger erhält durch dieselbe nicht mehr als ihm zukam und es wird den übrigen Gläubigern dadurch nichts entzogen, worauf sie einen besseren Anspruch gehabt hätten als der Empfänger. Auch der Anspruch auf Zahlung führt ja dahin, dass der Gläubiger Sachen des Schuldners pfänden und versilbern lässt. Darauf hat er ein Zwangsrecht. Bei der *d. i. s.* wird ihm statt des Werthes

[1]) cf. Fuchs, über das Konstitutum, Archiv f. civil. Praxis XLII, S. 172—189, namentlich S. 176.

der versilberten Sache die Sache selbst gegeben; es ist das blos eine für ihn meistens unbequemere Art der Befriedigung. Darin eine *fraus* zu erblicken, in der Zahlung aber nicht, geht nicht wohl an. Wir müssten in der That mit Baumeister [1]) annehmen, dass das römische Recht einen willkürlichen Mittelweg zwischen zwei verschiedenen Principien befolgt habe, wenn es, während es den Zahlungsempfang gegen jede Anfechtung schützte, die Hingabe an Zahlungsstatt der *a. P.* unterworfen hätte.

Dafür ist nicht nur nicht der geringste Anhalt in den Quellen, sondern es scheint mir, wenn wir die römische Auffassung des Anspruches auf Befriedigung richtig dargelegt haben, fast unmöglich.

Man sagt dem gegenüber, durch die Zahlung erhalte man genau das, worauf man ein Recht habe, während man auf die an Zahlungsstatt hingegebene Sache kein Recht habe.

Der Gläubiger hat ein Recht auf Befriedigung durch Zahlung, d. h. er kann verlangen, durch Zahlung und nicht anders befriedigt zu werden. Das Prävalirende ist aber sein Recht auf Befriedigung, und wenn er daher diese in anderer Weise erhält, so bekommt er nicht so sehr das, worauf er kein Recht hat, als nur unvollkommen das, worauf er ein Recht hat. Um den Gläubiger recht eigentlich zu befriedigen, würde der Schuldner den Werth der jetzt an Zahlungsstatt gegebenen Sache erst in Werth von der Gestalt umsetzen müssen, wie ihn der Gläubiger beanspruchen kann. Gibt er statt dessen die Sache selbst hin, so überlässt er es damit dem Gläubiger selbst, durch den etwaigen Umsatz der Sache den letzten Schritt zu seiner vollkommenen Befriedigung zu thun.

Recht deutlich zeigt sich das auch bei der Erfüllung durch Cession einer Forderung, die man mit Recht wie eine *d. i. s.* behandelt. Um den Gläubiger im vollen Masse zu befriedigen, hätte der Schuldner selbst die Summe einziehen,

---

[1]) l. c. S. 404.

und dem Gläubiger einhändigen müssen. Statt dessen cedirt er die ihm geschuldete Summe und überlässt dem Gläubiger die Mühe des Einziehens.

Am wenigsten aber werden die Römer auf das bezeichnete Bedenken hin einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung haben eintreten lassen, da sie ja in klassischer Zeit, einerlei worauf der Anspruch ging, stets auf Geld verurtheilten, also in jedem Erkenntnisse in Betreff einer Forderung, die nicht ursprünglich auf Geld ging, gewissermassen eine *d. i. s.*, nämlich die Leistung von Geld statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes anordneten.

Auch der Einwand, die *d. i. s.* sei ein neuer Vertrag, erscheint nicht stichhaltig. Sie ist wie die Zahlung ein auf Auflösung einer Verbindlichkeit gerichtetes Geschäft. Es liegt aber in ihrer Natur, dass, um diese Befriedigungsart zu ermöglichen, regelmässig Einwilligung beider Contrahenten erforderlich ist, also ein Vorvertrag geschlossen werden muss. Das könnte aber für unsere Frage nur dann erheblich sein, wenn in diesem Vorvertrage eine *fraus* läge. Wie aber eine solche in der Verabredung, an die Stelle eines Schuldobjectes oder daneben ein gleichwerthiges zu setzen, liegen könne, ist nicht abzusehen.

Die entwickelte Ansicht wird auch unterstützt durch dem sog. *beneficium dationis in solutum* entnommene Gründe. *Justinian* hat nämlich in Nov. IV cap. 3. [1] bestimmt, dass

[1]) Das Pr. des Cap. III der Nov. IV lautet in der Uebersetzung von Hombergk in der Kriegel-Osenbrüggen'schen Ausgabe: *Porro quod humanis necessitatibus subvenit, licet quibusdam creditoribus forte gratum non sit, id a nobis tamen clementer sancitum esto. Si quis enim debitoris facultatibus fidem habens mutuam pecuniam dederit, hic vero pecuniam restituere nequeat, bona autem immobilia habeat, et creditor urgeat, atque pecuniam omnino efflagitet, huic autem in promtu non sit, neque ulla res mobilis (concedimus enim, ut creditor, si velit, etiam res immobiles pro pecunia accipiat), at immobilium eius rerum ne emtor quidem adsit, cum vel iactet saepe creditor bona debitoris pignori obligata esse, eoque ad emtionem accedere volentes deterreat, tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissim*

der Gläubiger, falls der Schuldner weder Geld noch sonstige Mobilien besitzt, auch für seine Immobilien einen Käufer zu angemessenem Preise nicht finden kann, verpflichtet sein soll, die Immobilien des Schuldners zum Taxwerth anzunehmen. In einem solchen Falle wird natürlich häufig Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens vorliegen, und damit die Anwendung der *a. P.* in Frage kommen können. Dass nun hier, wo der Gläubiger zur *d. i. s.* gezwungen wird, die *a. P.* nicht Platz greifen kann, wird Niemand bezweifeln. Damit wäre zunächst ein Fall einer unanfechtbaren *d. i. s.* festgestellt und von einer allgemeinen Anwendbarkeit der *a. P.* auf die *d. i. s.* kann nicht mehr die Rede sein.

Ferner aber würde *Justinian* die Annahme einer *d. i. s.* den Gläubigern sicherlich nicht so allgemein zur Pflicht ge-

---

rei publicae nostrae magistratus secundum iurisdictionem unicuique a lege et nobis concessam, in provinciis vero gentium praesides efficiant, ut, accurata rerum debitoris aestimatione facta, creditoribus pro debiti portione possessio rei immobilis ea cautione detur, quam debitor praestare possit. Res vero hoc modo dentur: quae earum meliores sunt, eas det creditori, deteriores vero soluto debito apud debitorem manere sinat. Neque enim iustum esset, ut qui pecuniam dedit, pecuniam vero consequi nequit, sed rem immobilem accipere cogitur, non etiam meliores res debitoris accipiat, atque hoc ei solatio sit, quod, licet pecuniam vel alias res mobiles consecutus non fuerit, rem tamen non inutilem ei habere liceat. Atque haec quidem manifesta quaedam clementia legis sit; intelligant vero creditores, quod, etsi hanc legem non scripsissemus, necessitatis tamen ratione res eo perducta fuisset. Nam debitor nec pecuniam nec emtores habens nil aliud facturus erat, nisi ut bonis suis cederet, et res iterum ad creditorem, qui pecuniam consequi non poterat, iure venirent. Quare quod cum contumelia et acerbo effectu tam creditorem quam debitorem circumstat, clementer et ut legislatorem decet distinguentes, infelicibus debitoribus succurrimus, et acerbissimis creditoribus duri non videbimur, aliquid eis imperantes, ad quod, si inobedientes permanerent, omni tamen modo pervenirent. Si tamen creditor emtorem quendam procurare paratus sit, debitori id faciendi necessitas incumbat, atque eam cautionem arbitrio iudicis praestet, quam omnimodo praestare poterit. Ubique enim creditoribus ita providendum est, ne debitores graventur.

macht haben, wenn er im Uebrigen eine ungerechtfertigte Bereicherung derselben darin erblickt hätte.

Dass er im Gegentheil blos daran denkt, dass der empfangende Gläubiger eine zum Besten des Schuldners angeordnete Verkürzung erfährt, zeigt sich darin, dass er auf alle mögliche Weise dem Gläubiger die erzwungene *d. i. s.* zu versüssen sucht, namentlich dadurch, dass dieser sich die besten Grundstücke aussuchen darf, dass er, wenn er einen Käufer schafft, die *d. i. s.* ablehnen kann: es zeigt sich dieser Gedanke in der ganzen Ausdrucksweise der Novelle.

Daneben scheint die Verordnung, dass die später eingewiesenen Gläubiger, als angeblich widerrechtlich verkürzt, eine unter Zugrundelegung des Taxwerths erfolgte *d. i. s.* als fraudulös sollten anfechten dürfen, bei demselben Gesetzgeber fast unmöglich. Struckmann[1]) weist ferner darauf hin, dass durch c. 22 § 4 *sq. C. de iure delib.* 6, 30 bestimmt ist, dass der Erbe, der *cum beneficio inventarii* angetreten hat, und das geschieht regelmässig nur bei überschuldeten Erbschaften, die Legatare und Erbschaftsgläubiger durch *d. i. s.* befriedigen darf, und sich die nicht befriedigten Gläubiger an die befriedigten nur halten können, *si ex anterioribus veniunt hypothecis*. Die erst nach erfolgter *d. i. s.* immittirten prätorischen Pfandgläubiger, die also *ex posterioribus veniunt hypothecis (resp. pignoribus)*, können auch in diesem Falle die *d. i. s.* nicht anfechten. Auch hier denkt Justinian nicht an die Möglichkeit einer Beeinträchtigung gleichberechtigter oder nachstehender Gläubiger.

Man beruft sich für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* auf die Analogie des Kaufes und sagt: die *d. i. s.* ist eine Art Kauf, der Kauf kann aber unbestritten mit der *a. P.* angefochten werden.[2])

---

[1]) l. c. S. 289.

[2]) *fr. ult. D. qu. ex causs. in poss. 42, 4. Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata retinuit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus. fr. § 4 31 D. de dol. mal. 44, 4.*

In allen den Stellen, auf die man sich für diese Analogie beruft, ist aber keineswegs gesagt, die *d. i. s.* sei eine *emtio — venditio*, sondern sie wird nur mit letzterer verglichen, wobei dann das *tertium comparationis* etwas unserer Frage gänzlich Fernliegendes ist. Daher ist es mehr als bedenklich darauf hin auch im Uebrigen die *d. i. s.* dem Kaufe gleichstellen zu wollen.

Wenn namentlich Laspeyres [1]) behauptet, *fr. ult. D.* 42, 4 *cit.* könne nach Stellung und Inscription nur den Zweck haben festzustellen, dass bezüglich der Anfechtung durch die *legatorum servandorum causa immissi* die *d. i. s.* dem Kaufe gleichzustellen sei, so ist das, abgesehen davon, dass auch dann noch die analoge Beziehung auf unsern Fall wegen der Verschiedenheit der Voraussetzungen eine gewagte sein würde, um desswillen unrichtig, weil in derselben Stelle auch der Erwerb einer Sache durch Leistung der Litisaestimation dem Kaufe gleichgestellt ist, obwohl dieser entschieden unanfechtbar war. Die Stelle muss also eine andere Beziehung haben.

Wenn wir aber auch die *d. i. s.* dem Kaufe gleichstellen, so erscheint sie, da ein Kauf auch nur angefochten werden kann, wenn entweder zu einem zu niedrigen Preise verkauft ist, oder es in der Absicht der Contrahenten lag, den Kaufpreis den Gläubigern zu entziehen, und beide Bedingungen bei einer *d. i. s.*, wie wir sie im Auge haben, nicht vorkommen können, als ein Kauf, bei dem die wesentlichste Voraussetzung der *a. P.*, die *fraus* fehlt. Sie würde also ebensowenig anfechtbar sein, als ein lediglich zum

---

Auctoris autem dolus, sicut diximus, emptori non obicitur. sed hoc in emptore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit vel in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emptorum continent. c. 4 *C. de evictionibus 8, 45. Si praedium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum: causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam huius modi contractus vicem venditionis obtinent. cf. fr. 24 D. de pign. act. 13, 7, fr. 46 D. de solut. 46, 3.*

[1]) l. c. S. 72.

Zwecke der Befriedigung der Gläubiger mit einem den vollen Werth der Sache erreichenden Kaufpreise abgeschlossener Kauf.

Mit Recht ist in einer Kieler Prozesssache [1]) seitens des Imploranten darauf hingewiesen, dass, wenn wirklich die *d. i. s.* anfechtbar sei, ja nichts leichter wäre als die Umgehung des Verbotes durch Hinzuziehung eines dritten als Käufers. Man hätte dann eine unanfechtbare Zahlung und einen unanfechtbaren Kauf. Wie nun durch Abschluss beider Geschäfte zwischen denselben Contrahenten dieselben anfechtbar werden sollen, ist nicht abzusehen.

Es sind endlich noch einige Quellenstellen zu besprechen, die man zum Erweise der Anfechtbarkeit der *d. i. s.* herangezogen hat.

Laspeyres [2]) führt zunächst an, dass, während den Vormündern nicht blos das Recht gegeben, sondern es ihnen sogar zur Pflicht gemacht ist, die Schulden des Pupillen zu bezahlen, ohne dass dazu nach römischem Rechte eine Genehmigung der Obrigkeit erforderlich ist, es nach *c. 15 C. de praed. et aliis reb. min. 5, 71* [3]) gleichwohl eines richterlichen Dekretes bedarf, sobald die Tilgung der Schuld mittelst einer *d. i. s.* bewirkt werden soll.

Dass bei einer einfachen Zahlung eine besondere Aufsicht über den Vormund nicht so nothwendig ist, als bei einer Hingabe an Zahlungsstatt, ist selbstverständlich, ebenso aber auch, dass das mit unserer Frage absolut nichts zu thun hat. [4])

[1]) Seuffert, Archiv VII, 228.

[2]) l. c. S. 72.

[3]) *Si minor 25 annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti: dominium a te discedere non permittit S. C. auctoritas.*

[4]) Zu berücksichtigen ist auch, dass die Stelle von einem *praedium rusticum* spricht. Ein fruchttragendes Grundstück galt den Römern als beste Kapitalanlage. Auch nach heutigen nationalökonomischen Grundsätzen sorgt in ländlichen Verhältnissen der Vormund für sein Mündel nicht so gut, wenn er ein Grundstück als Zahlung hingibt, als wenn er gegen Verpfändung des Grundstückes

Entscheidend ist nach Laspeyres [1]) die c. 1. *C. h. t.* (7, 75):

Heres, qui post aditam hereditatem ad eum cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit, bonis eius excussis, usitatis actionibus (si tibi negotium gestum fuerit) ea quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.

Es sei unter *res cedere* entweder mit der Glosse eine *d. i. s.* oder eine *bonorum cessio* zu verstehen. In beiden Fällen beweise die Stelle für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* Denn in letzterem Falle sei anzunehmen, dass der Erbe bereits vor Anfall der Erbschaft seinen Gläubigern *bonis* cedirt und nun hinterher, um den Schuldenrest zu tilgen, denselben einzelne *corpora hereditaria* überwiesen habe; es liege auch in dieser Ueberlassung der Erbschaftsstücke eine *d. i. s.*, deren Revokabilität durch dieses Rescript erwiesen wäre.

Vangerow [2]) bemerkt bereits, dass sich die c. 1 cit. nicht auf unsern Fall beziehe. Durch Römer, Zürcher und namentlich Struckmann [3]) ist unter Hinweis auf Gajus II. 34, 35 [4]) nachgewiesen, dass die Beziehung auf die von Laspeyres supponirten Fälle durchaus willkürlich ist, die Stelle vielmehr,

---

Geld zur Schuldentilgung anleiht, und so das Grundstück dem Mündel erhält. Daher empfahl es sich, dem Vormunde die Veräusserung von Grundstücken des Mündels möglichst zu erschweren.

[1]) l. c. S. 74.

[2]) § 697, Anm., V.

[3]) Römer l. c. S. 151, Zürcher l. c. S. 16, Struckmann l. c. S. 297 ff.

[4]) II 34. *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit.* 35. *Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si per legem ad hereditatem vocatus esset: post obligationem vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

wie eine unbefangene Betrachtung sofort ergibt, auf den Fall einer gewöhnlichen Erbschaftsveräusserung zu beziehen ist, die zur Zeit der Abfassung des Rescripts (a. 213.) noch durch die im Justinianischen Rechte antiquirte *in iure cessio hereditatis* geschah.

Vangerow beruft sich für seine Ansicht noch auf fr. 25 § 3 *D. h. t.:*

Si procurator ignoranti domino, cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus.

Die Worte *ab eo accipere* sind nach Vangerow mit der Glosse auf den Fall einer *d. c. s.* zu beziehen. Es ist aber dafür durchaus kein Anhalt gegeben. Viel natürlicher wäre es noch, das *accipere* auf den Fall einer Zahlung zu beziehen, wenn man dann nicht mit dem feststehenden Lehrsatz von der Unanfechtbarkeit der Zahlung in Conflict und mit der Erklärung der Stelle in Verlegenheit geriethe. Struckmann [1]) bezieht sie auf die Zahlung und meint, der *procurator* habe ohne Wissen seines Principals von dem fraudulösen Schuldner des Letzteren Zahlung angenommen: von ihm könne man nicht sagen, *suum recipit, sibi vigilavit:* er habe durch einen unberechtigten Akt einen Nachtheil der Gläubiger herbeigeführt, und er hatte um so mehr, als der Schuldner durch die Zahlung an ihn, als einen nicht Bevollmächtigten, nicht einmal liberirt sei: das fremde Interesse könne ihn dabei nicht entschuldigen.

Man müsste dieser Erklärung folgend die Stelle auf den *litis curator* einschränken, da an einen *procurator bonorum* gültig gezahlt werden kann, und durch eine solche Zahlung auch der Schuldner liberirt wird. [2])

Die Erklärung hat aber auch noch das gegen sich, dass im Falle der Zahlung *ante bona possessa* eine Klage gegen den *dominus* gar nicht in Frage kommen kann, während die

[1]) l. c. S. 301.

[2]) fr. 86 *D. de solut. 46. 3. Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur.* Cf. Windscheid l. c. II. § 342 A. 29.

Stelle ziemlich deutlich von einem Falle spricht, worin die an und für sich begründete *a. P.* statt gegen den *dominus* gegen den *procurator* gerichtet wird.

Man kann auch ebenso gut annehmen, dass in dem Falle der Stelle *post bona possessa* gezahlt sei.

Wenn man aber durch Einschaltung von „*in solutum*“ oder dergleichen eine *d. i. s.* annehmen wollte, könnte man die Stelle auf den Fall beziehen, dass der Werth der Sache grösser als der Betrag der Forderung war. Jedenfalls steht das fest, die Stelle gibt ihren Fall nicht deutlich an und bedarf einer Ergänzung, um erklärt zu werden. Wenn nun im Uebrigen feststände, dass die *d. i. s.* der *a. P.* unterläge, würde man gern geneigt sein, die Stelle darauf zu beziehen, damit sie ihre Erklärung fände. Man kann aber diese Stelle nicht als Grund für die erst noch und zwar den triftigsten Gegengründen gegenüber zu erweisende Anfechtbarkeit der *d. i. s.* anführen, und noch weniger sie mit Römer[1]) sogar entscheidend für unsern Fall nennen.[2])

---

[1]) l. c. S. 151.

[2]) Die Erklärung der Stelle wird übrigens sehr einfach durch eine Conjectur Mommsen's. Die Schwierigkeit liegt darin, dass nach der Stelle der Principal des Procurator Gläubiger des fraudulös Veräussernden ist, wir also die Stelle auf die Anfechtung einer zur Befriedigung eines Gläubigers vorgenommenen Veräusserung, sei es Zahlung oder *d. i. s.* beziehen müssen. Mommsen schlägt nun vor das ‚*eius*‘ hinter ‚*debitor*‘ zu streichen. Dann haben wir nicht mehr den Fall, dass der Procurator von dem Schuldner seines Principals etwas annimmt, sondern, dass jener an dem Treiben irgend eines fraudulösen Insolventen dadurch Theil nimmt, dass er Sachen desselben an sich bringt. Die Stelle entscheidet dann, dass der Procurator, auch wenn er die gedachten Sachen in das Vermögen seines Principals aufgenommen hat, nicht diesen, sondern nur sich selbst für sein betrügerisches Treiben verantwortlich gemacht hat, da eben die *a. P.* eine Delictsklage ist.

Diese Conjectur ist gewiss recht sachgemäss. Sprachlich liesse sich vielleicht dagegen erinnern, dass das Wort *debitor* gewöhnlich in Beziehung auf ein bestimmtes Schuldverhältniss gebraucht wird, während ohne eine solche Beziehung der fraudulös veräussernde

Sonach ergeben alle diese Stellen nichts für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.*, und ich halte es für erwiesen, dass eine Veräusserung durch *d. i. s.*, selbst wenn beide Contrahenten die Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens kannten, wenn auch der Schuldner sie in der dem Empfänger bekannten Absicht vornahm, dem Letzteren auf Kosten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verschaffen, mittelst der *a. P.* nicht angefochten werden kann, wenn sie zur Tilgung einer klagbaren, fälligen unanfechtbaren Schuld erfolgte, und auch der Werth der hingegebenen Sache den Betrag der Forderung nicht überstieg.

§ 5.

Wenn wir einmal erkannt haben, dass eine *d. i. s.*, gleichen Werth der Sache und der Forderung vorausgesetzt, hinsichtlich der Anfechtbarkeit durch die *a. P.* der Zahlung gleich zu behandeln ist, so werden wir die in Bezug auf die Anfechtbarkeit der Zahlung einer betagten, bedingten und natürlichen Schuld geltenden Grundsätze auch bezüglich der in einem solchen Falle stattfindenden *d. i. s.* Platz greifen lassen.

Ich halte desshalb die *d. i. s.* zur Tilgung einer noch nicht fälligen Schuld nicht für anfechtbar, wenn das *interusurium* gehörig berechnet ist. Ist dieses nicht berücksichtigt, so wird der Fall wie der gleich zu besprechende Fall der Hingabe einer mehrwerthigen Sache für eine bereits fällige Forderung zu behandeln sein.

Falls für eine suspensiv-bedingte Forderung eine Sache an Zahlungsstatt gegeben ist, wird auch hier die Zulässigkeit der *a. P.* davon abhängig sein, dass die Bedingung nicht vor Schluss der Eingabefrist im Concurse erfüllt ist.

Schuldner gewöhnlich *fraudator* genannt wird. Jedenfalls ist das Einschiebsel *eius* ein sehr altes, da bereits die Verfasser der Basiliken die Stelle mit demselben vor sich gehabt haben (Bas. IX. 8, 25.).

Auch in der *d. i. s.* für eine natürliche Schuld der Art, dass eine Zahlung derselben nicht als *fraus* erscheint, wird man eine fraudulöse Veräusserung nicht erblicken, dagegen in den übrigen Fällen, wenn *consilium* und *conscientia fraudis* hinzukommen, die Anfechtungsklage zulassen.

Für den Fall, dass der Werth der geleisteten Sache den Betrag der Forderung übersteigt, macht Struckmann folgende Unterscheidungen. [1])

1) Beide Parteien kennen den Mehrwerth der Sache. Hatte der Schuldner die vom Gläubiger acceptirte Absicht, den Mehrbetrag zu schenken, so liege ein *negotium mixtum cum donatione* vor, bei dem die Schenkung rescindirt, und der Geldwerth des Mehrbetrags ganz bez. die vorhandene Bereicherung restituirt werden müsse. Ist dagegen Schenkungsabsicht nicht vorhanden gewesen, so liege nur Ein Rechtsgeschäft vor, das in seinem ganzen Umfange anfechtbar sei.

2) Kennt nur der Schuldner den Mehrwerth und hat Schenkungsabsicht, so sei es ebenfalls ein *negotium mixtum cum donatione*, bei dem die Schenkung rescindirt werden könne. Sei dagegen keine Schenkungsabsicht zu erweisen, so könne das Geschäft überhaupt nicht angefochten werden.

3) Kennt nur der Gläubiger den Mehrwerth, so soll durch die *a. P.* das ganze Geschäft aufgelöst werden können, da der *dolus* des Schuldners schon darin liege, dass er seine Insolvenz kennend den einen Gläubiger vor den anderen, um diese zu verkürzen, befriedigt habe.

Rührte der Irrthum des Schuldners daher, dass er glaubte, die Schuld sei grösser, so sei *condictio furtiva* zulässig.

4) Ist beiden Theilen der Mehrwerth unbekannt, so sei das Geschäft unanfechtbar. Nur könnten, falls der Schuldner irrthümlich die Schuld für grösser hielt, die Gläubiger *ex persona debitoris* die *condictio indebiti* anstellen.

Untersuchen wir, ohne auf die Frage einzugehen, ob und welche Condictionen in den gedachten Fällen begründet

---

[1]) l. c. S. 303.

sein können, nur, unter welchen Bedingungen die *a. P.* Platz greift.

Es kann unter den Parteien die Abrede getroffen sein, dass der Werth der hingegebenen Sache zum Theil zur Tilgung der Schuld verwendet werden soll, während über den Mehrwerth ein anderweitiges Rechtsgeschäft, namentlich ein Schenkungsvertrag, geschlossen wird. Dann liegt eine unanfechtbare *d. i. s.* und ein anderes Rechtsgeschäft vor, dessen Anfechtbarkeit nach den gewöhnlichen Regeln beurtheilt werden muss. Es muss dann, falls die *a. P.* statt hat, der Werth des auf das letztere Geschäft entfallenden Antheils an der Sache ermittelt, und ganz bez. bis auf die vorhandene Bereicherung restituirt werden.

Struckmann erblickt nun aber auch in dem Falle eine Schenkung, wenn nur der Schuldner die von Gläubiger nicht acceptirte Schenkungsabsicht hatte. Er folgt dabei der Savigny'schen Ansicht, nach der es bei der Schenkung auf eine Annahme seitens des Beschenkten nicht ankommt.[1])

Geht man dagegen mit Vangerow und Windscheid[2]) davon aus, dass die Schenkung ein wirklicher Vertrag, und daher Annahme des Geschenkten als etwas Geschenkten nothwendig ist, so wird man sowohl für den Fall, dass der Schuldner Schenkungsabsicht hatte, der Gläubiger aber nicht, oder dass umgekehrt der Gläubiger das Gegebene als geschenkt annehmen wollte, während es der Schuldner in anderer Absicht gegeben hatte, sagen müssen, dass wegen mangelnder Willenseinigung überhaupt ein Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner nicht zu Stande gekommen, und das Hingegebene also als grundlos aus dem Vermögen des Schuldners gekommen zu betrachten und zu behandeln ist.

Wir haben hier eigentlich nur den Fall zu behandeln, dass die ganze Sache trotz ihres höheren Werthes an Zah-

[1]) Savigny, System IV § 152, § 160.

[2]) Vangerow l. c. I § 121. Anm., III. Windscheid l. c. II § 365, Nr. 5.

lungsstatt gegeben und an Zahlungsstatt angenommen ist. Wir haben dann nur Ein Geschäft, eine *d. i. s.*

Wie wir vorher sahen, ist das die objective Möglichkeit einer *fraus* und damit die Anwendbarkeit der *a. P.* bei einer *d. i. s.* ausschliessende Moment die Gleichwerthigkeit der Forderung und der hingegebenen Sache. Ist die Sache mehr werth, so liegt in dem Geschäfte, wenn Insolvenz des Schuldners vorhanden ist oder durch das Geschäft eintritt, objectiv eine *fraus*, da den übrigen Gläubigern der Mehrwerth der Sache zu Ungebühr entzogen ist.

Damit nun aber die *a. P.* gegen eine solche *d. i. s.* begründet ist, muss der Schuldner *consilio fraudandi* gehandelt haben, und dazu ist unter allen Umständen erforderlich, dass der Schuldner den Mehrwerth der Sache kannte, und in der Absicht, die übrigen Gläubiger um diesen Mehrwerth zu verkürzen, das Geschäft abschloss. Struckmann hält einen *dolus* des Schuldners, auch ohne dass dieser den Mehrwerth kannte, für möglich. Das ist aber durchaus irrig. Glaubt der Schuldner, Sache und Forderung seien gleichwerthig, so glaubt er ein Geschäft abzuschliessen, das, wie wir sahen, nach römischer Auffassung eine *fraus*, ein Unrecht nicht enthält. Die Annahme aber, dass der Schuldner, der ein der *fraus* entbehrendes Geschäft abzuschliessen glaubt, doch in Beziehung auf dieses Geschäft ein civilrechtlich relevantes *consilium fraudandi* hätte haben können, ist widersinnig. Kenntniss des Mehrwerthes seitens des Schuldners und darauf gegründetes *consilium fraudandi* desselben ist also erforderlich, genügt aber auch, um die *a. P.* auf die noch vorhandene Bereicherung zu begründen.

Damit aber die *a. P.* im vollen Umfange Platz greife, muss seitens des Gläubigers *conscientia fraudis*, die ebenfalls nur auf Kenntniss des Mehrwerthes der Sache basiren kann, hinzukommen.

Was ist nun im letzteren Falle die Wirkung der *a. P.*?

Struckmann zieht zur Entscheidung dieser Frage die Bestimmungen des fr. 26 § 4 u. 5 *D. de cond. ind. 12, 6* heran.

In der angeführten Stelle[1]) ist nämlich von der *condictio indebiti* die Rede, die dem Schuldner zusteht, der im Glauben, seine Schuld sei grösser, eine Sache, deren Werth den Betrag der Schuld übersteigt, an Zahlungsstatt gegeben hat. Es wird entschieden, dass in dem Falle, wenn Fungibilien geleistet sind, die über den Werth der Forderung hinausgehende Quantität derselben condicirt werden kann. Dagegen kann in dem Falle, dass eine *species* geleistet ist, nicht die *condictio* auf den den Werth der Forderung übersteigenden Theil der Sache gerichtet werden. Denn dadurch würde ein Miteigenthum zwischen Gläubiger und Schuldner entstehen. Dazu kann aber der Gläubiger wider seinen Willen nicht gezwungen werden. Es bleibt also nichts anders übrig, als dass die ganze geleistete Sache condicirt wird, und dagegen die untergegangene Forderung des Gläubigers wieder auflebt. Zugleich behält der Gläubiger ein Retentionsrecht an der Sache.

Struckmann sucht diese Entscheidung auf unsern Fall analog anzuwenden und meint, dass auch, wenn eine *d. i. s.* mit der *a. P.* angefochten ist, unterschieden werden müsse, ob eine Species oder Fungibilien an Zahlungsstatt gegeben seien. Im ersteren Falle müsse die Species einfach herausgegeben werden, in letzteren brauche nur die über den Werth der Forderung hinausgehende Quantität erstattet zu werden.

[1]) *Fr. 26 D de condictione indebiti, 12, 6 § 4. Si centum debens, quae duecenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro secundo digestorum scribit et centum manere stipulationem, licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pecunia res soluta est, non ut confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae eo manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.*

§ 5. Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pecuniae quam plus deberem, vel cum oleum deberet, oleum dederit pluris minoris quam debens, superfluum olei esse repetendum, non totum et ob hoc peremptam esse obligationem.

Struckmann hätte m. E., um die analoge Anwendung vollständig zu machen, im ersteren Falle dem Gläubiger ein Retentionsrecht an der an Zahlungsstatt gegebenen Sache zulegen müssen.

Indessen hat die analoge Anwendung der Entscheidung der gedachten Quellenstelle auf unsern Fall doch sehr ernste Bedenken gegen sich, da der Fall der Stelle ein wesentlich anderer ist.

Durch die *d. i. s.* tritt die Aufhebung der Obligation ein. Daran ändert der Umstand, dass der Schuldner in der Voraussetzung, seine Schuld sei grösser, eine Sache von höherem Werthe geleistet hat, nichts; vielmehr bleibt die *d. i. s.* und die durch dieselbe bewirkte Aufhebung der Obligation in Kraft. Das römische Recht legt aber dem dergestalt ungerechtfertigt Bereicherten die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung auf. Diese Herausgabe lässt sich aber in dem Falle, dass eine *species* gegeben ist, aus den vorgedachten Gründen nicht anders bewerkstelligen, als dass die Sache zurückgegeben wird, die Forderung aber wieder auflebt und so mittelbar die *d. i. s.* unwirksam gemacht wird. Wäre die *a. P.* eine reine Schadensersatzklage, so würde man vielleicht rücksichtlich derselben zu einem ähnlichen Resultate kommen. Man würde darauf hinweisen, dass im vorliegenden Falle nur in Bezug auf den Mehrwerth der Sache von einer *fraus creditorum* die Rede sein könne, und folglich auch nur in diesem Mehrwerth der Ersatzanspruch der Gläubiger bestehe. Mit der *a. P.* fordert man aber erst in zweiter Linie Schadensersatz. In erster Linie ist die *a. P.* Anfechtungsklage. Sie hebt die benachtheiligenden Wirkungen des fraudulösen Geschäfts auf, indem sie demselben in Bezug auf die Parteien die rechtliche Gültigkeit entzieht, und fordert, dass Alles so gehalten werde, als wenn das Geschäft gar nicht geschlossen wäre. Daher müssen denn hier ganz andere Grundsätze zur Anwendung kommen, als bei einer *condictio indebiti* in Bezug auf eine *d. i. s.*, die unter möglichster Aufrechterhaltung

der *d. i. s.* selbst nur die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt.

In unserm Falle wird also die *d. i. s.* selbst und zugleich die Vereinbarung, auf Grund deren die fraudulöse *d. i. s.* erfolgte, aufgehoben. Die an Zahlungsstatt geleistete Sache muss jetzt einfach herausgegeben werden. Sie diente nur kraft jenes Vertrages zur Beseitigung eines Anspruches, sie verlor mit der Gültigkeit des Vertrages diese Eigenschaft und wird jetzt als ohne Grund gegeben betrachtet.

Was wird nun aber aus der Forderung des betreffenden Gläubigers?

Im klassischen römischen Rechte hatte der Gläubiger der *a. P.* des *bonorum emtor* gegenüber die *deductio* und konnte mit derselben seine Forderung zur Geltung bringen. Auch im späteren römischen Concurse konnte der Gläubiger, selbst wenn wir annehmen, dass mit der *bonorum emtio* auch die *deductio* verschwunden sei, wenigstens dann durch Compensation seine Forderung geltend machen, wenn der Anspruch der mit der *a. P.* klagenden Gläubiger sich, weil der Beklagte die an Zahlungsstatt gegebene Sache nicht mehr hatte, in einen Geldanspruch verwandelt hatte. Möglicherweise hatte auch nach den Grundsätzen des römischen Concursprozesses der beklagte Gläubiger wegen seiner Forderung ein Retentionsrecht an der *fraudulose* an Zahlungsstatt gegebenen Sache.

Im heutigen Concurse aber werden nach der herrschenden Meinung[1]) Retentionsrechte hinfällig, und ist auch die Compensation nur zulässig, wenn alle Erfordernisse der Compensabilität, namentlich auch Gleichartigkeit der Forderungen schon vor der Concurseröffnung vorhanden waren, und ist daher namentlich die als erweiterte Compensation erscheinende *deductio* des römischen Concursverfahrens nicht mehr zulässig.

Deshalb muss für das heutige Recht entschieden werden, dass der mit der *a. P.* belangte Gläubiger die an Zahlungs-

[1]) S. o. S. 33.

statt erhaltene Sache, sei es eine Spezies, seien es Fungibilien, herauszugeben hat, ohne wegen seiner Forderung Rechte an dieser Sache zu behalten. Er hat dann wegen seiner Forderung keinen stärkeren Anspruch gegen die Concursmasse als jeder andere Gläubiger, da das geschlossene Deckungsgeschäft als nicht geschlossen betrachtet wird. Er muss sich also, um aus der Concursmasse die Befriedigung mit den übrigen Gläubigern zu erhalten, innerhalb der Eingabefrist melden. Hat er das, wie es wohl meistens der Fall sein wird, im Vertrauen auf das von ihm abgeschlossene aber fraudulöse Deckungsgeschäft unterlassen, so hat er wegen versäumter Anmeldung seinen Anspruch auf Befriedigung aus der Concursmasse verloren. Seine Forderung wird im Concursverfahren nicht berücksichtigt.

§ 6.

Bei dem Nachweise der Unanfechtbarkeit der *d. i. s.* habe ich einen Gegengrund unerwähnt gelassen, den fast alle Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht vorbringen[1]), der sogar für Manche, auch für Windscheid[2]), das einzige Argument für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* ist.

Nach der herrschenden Ansicht unterliegen Pfandbestellungen für eine bereits bestehende Schuld der *a. P.* Man sagt nun, ein rechtlicher Grund die Verpfändung anders zu behandeln als die *d. i. s.* sei schwerlich vorhanden; beide seien neue freiwillig vom Schuldner zum Zwecke der Befriedigung seiner Gläubiger eingegangene Verträge; durch Bestellung eines Pfandrechts erhalte der Gläubiger auch nicht mehr, als Befriedigung dessen, was er zu fordern habe; der Unterschied liege nur darin, dass dem Gläubiger bei der Pfandbestellung blos mittelbar, durch den Werth der ver-

[1]) Besonders Francke l. c. S. 263 ff., Laspeyres S. 71 ff., Römer S. 150.

[2]) l. c. II, § 463, Anm. 33.

pfändeten Sache, bei der *d. i. s.* gleichsam unmittelbar durch deren Substanz Befriedigung verschafft werde, und dieser Unterschied könne für die Anwendbarkeit der *a. P.* durchaus keine Bedeutung haben.

Struckmann und Reinhart, welche der hier vertheidigten Ansicht über die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* beistimmen, wollen diese Analogie nicht gelten lassen. Struckmann[1]) beruft sich darauf, dass die Pfandbestellung den Gläubiger nicht unmittelbar befriedige, sondern ihm ein neben seiner Forderung bestehendes Recht verschaffe, sowie darauf, dass die Pfandbestellung dem Schuldner persönlich eine Entbehrung nicht erfordere und desshalb für die übrigen Gläubiger weit gefährlicher sei, als Zahlung und *d. i. s.* Reinhart[2]) geht noch weiter; er erblickt in der Pfandbestellung im Gegensatze zur *d. i. s.* ein *remes iuvenum*, und hält desshalb zur Rescission derselben nicht einmal *mala fides* des Gläubigers für nothwendig.

Ich kann mich zwar durchaus nicht davon überzeugen, dass die von Reinhart und Struckmann hervorgehobenen Gesichtspunkte dem römischen Rechte hätten Veranlassung geben können, die Pfandbestellung in Bezug auf die *a. P.* anders zu behandeln als die *d. i. s.* Dennoch würde ich, wenn es feststünde, eine Pfandbestellung für eine bereits bestehende, klagbare Schuld sei anfechtbar, darin durchaus keine Veranlassung finden, das für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* gefundene Resultat zu ändern. Wir haben die Gründe untersucht, aus denen das römische Recht die Zahlung nicht anfechten lassen konnte; wir finden, dass diese Gründe auch für die *d. i. s.* passten und können, durch andere Momente unterstützt, zu dem Resultate, dass die *d. i. s.* wegen Mangels eines objectiven Erfordernisses der *a. P.* nicht angefochten werden könne. Sollte nun das römische Recht die Pfandbestellung, trotzdem wir auch bei der dieses Erforderniss vermissen möchten, für

[1]) l. c. S. 292 ff.

[2]) l. c. S. 122 ff.

anfechtbar erklärt haben, so hätte es sich eben einer Inconsequenz schuldig gemacht, und nichts kann uns veranlassen eine aus der Consequenz dieser Inconsequenz gewonnene Ansicht einer Entscheidung vorzuziehen, die wir in consequenter Anwendung der allgemeinen Grundsätze der *a. P.* gefunden haben, und zwar um so weniger, als wir dabei die Analogie der Zahlung für uns haben und die *d. i. s.* sowohl ihrer rechtlichen Natur als ihrem praktischen Zwecke nach der Zahlung näher steht als der Pfandbestellung.

Die Widerlegung dieses Argumentes für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* bietet uns zugleich den Anlass auf die Besprechung der Anwendbarkeit der *d. i. s.* auf den Fall der Pfandbestellung überzugehen.

Wir beschränken zunächst die Untersuchung auf die Frage: Kann die vertragsmässige Bestellung einer Hypothek für eine eigene, fällige, klagbare unanfechtbare Schuld mittelst der *a. P.* angefochten werden?

Das Pfandrecht gibt dem Gläubiger das Recht, sich behufs der Befriedigung für seine Pfandforderung den Tauschwerth des Pfandobjects anzueignen, und zwar zumeist durch dessen Verkauf.

Heute gestaltet sich die Ausübung des Pfandrechts, das regelmässig nur für den Fall der Insolvenz des Schuldners zur Geltung gelangt, praktisch meist so, dass, wenn ein Concurs nicht eröffnet wird, die Sache auf den Antrag des Gläubigers gerichtlich subhastirt und aus dem Erlöse nach Abzug der Kosten des Verfahrens, die vorhandenen Pfandgläubiger dem Range nach befriedigt werden, ein etwa sich ergebender Mehrerlös aber dem Schuldner herausgegeben wird. Wenn dagegen Concurs über das Vermögen des Schuldners ausbricht, wird auch das Pfandobject zur Concursmasse gezogen und mit derselben versilbert. Es erhält aber der Pfandgläubiger bis zur Höhe des Erlöses aus der verpfändeten Sache eine vorzugsweise Befriedigung.

Es wäre an und für sich nicht etwas durchaus Abnormes darin zu finden, wenn ein Anfechtungsgesetz Zahlung

für nicht rescissibel. Pfandbestellung dagegen für anfechtbar erklärte. Hätte das gemeine Recht, wie es das Reichsoberhandelsgericht annimmt,[1]) den Grundsatz aufgestellt: „Es ist Pflicht des Schuldners, im Zustande bewusster Insolvenz allen Gläubigern gleichmässig gerecht zu werden.“ so würde man daraus folgern: Pfandbestellung gibt dem einen Gläubiger einen Vorzug in der Befriedigung vor den anderen und muss desshalb, wenigstens soweit es diesen Vorzug bewirkt, aufgehoben werden. Strenge genommen musste man dann aber auch die Zahlung im Zustande der Insolvenz, insoweit dadurch der Gläubiger mehr erhält, als er im Concurse erhalten haben würde, rescindiren.

Es liesse sich indess rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber für die Zahlung eine Ausnahme gestattete und hier die Rückforderung des gezahlten Mehrbetrages ausschlösse. Die Zahlung ist jedenfalls das für die übrigen Gläubiger ungefährlichste Geschäft. Denn Zahlungen können seitens eines Insolventen regelmässig nur in geringem Masse effectuirt werden, während andere Deckungsgeschäfte, *d. i. s.* und Pfandbestellung, die vorhandenen Activa vollständig absorbiren können. Namentlich wird eine Pfandbestellung von dem insolventen Schuldner um so leichter gewährt werden, als er zunächst dadurch selbst nichts entbehrt, und ihm die Veräusserung der Pfandsache in der Zukunft, da er doch den Verlust seines ganzen Vermögens vor sich sieht, gleichgültig sein kann. Diese und ähnliche Erwägungen könnten den Gesetzgeber zu einer unterschiedlichen Behandlung der Zahlung und der Pfandbestellung veranlassen. Er müsste dann aber, wie gesagt, für die Zahlung eine Ausnahme machen.[2]) Wer also mit Francke annimmt, dass das rö-

[1]) Seuffert, Archiv XXVIII, 173.

[2]) Unlogisch dagegen sind die einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. § 1509 stellt als Voraussetzung der *a. P.* eine Veräusserung hin. § 1511 bestimmt: „Wenn der Schuldner Sachen an Zahlungsstatt gibt, oder für eine vorhandene Schuld ein Pfand bestellt, so gilt dies als Veräusserung.“

mische Recht die Zahlung, wiewohl an und für sich bei derselben die Voraussetzungen der *a. P.* vorliegen könnten, trotzdem dieselbe aus besonderen Gründen vor der *a. P.* geschützt habe, der wird ganz consequent auch die *a. P.* gegen die Pfandbestellung zulassen. Dieser Standpunkt ist aber rücksichtlich der Zahlung von den meisten Neueren verlassen worden. Sie finden den Grund der Unanfechtbarkeit in einem Mangel der Erfordernisse der *a. P.* Sie müssten desshalb auch die *a. P.* gegen die Pfandbestellung verwerfen, da es keinem derselben gelungen ist, das Vorhandensein der Voraussetzungen der *a. P.*, die sie bei der Zahlung vermissten, bei der Pfandbestellung nachzuweisen.

Wir fanden, dass das römische Recht gegen Zahlung und *d. i. s.* die *a. P.* nicht zuliess, weil es darin, dass der Schuldner den einen Gläubiger befriedigte, eine unbillige Verkürzung der übrigen Gläubiger nicht sah. Das heutige Pfandrecht hat auch keine andere Wirkung, als dass es dem Gläubiger seine Befriedigung sichert. Darüber hinaus gibt es ihm nichts, und darüber hinaus entzieht es auch den übrigen Gläubigern nichts. In einer Pfandbestellung kann also eben so wenig eine *fraus* erblickt werden, als in der Zahlung.

Wenn hiergegen auch seitens derer, die den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung nicht mehr in dem Zwangsrecht des Gläubigers erblicken, geltend gemacht wird, die Pfandbestellung sei ein neuer Vertrag, so ist die Bedeutungslosigkeit dieses Einwandes schon bei der Besprechung der Anfechtbarkeit der *d. i. s.* dargelegt worden.

Für die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung wird als weiterer Grund vorgebracht, durch die Pfandbestellung erhalte der Gläubiger ein neues Recht, auf das er keinen Anspruch habe, und das ihm meistens sogar ohne Gegenleistung gegeben werde, also für ihn ein reiner Gewinn sei.

Der Gläubiger erhält zwar durch die Pfandbestellung

In § 1512 heisst es dagegen: „Zahlung einer fälligen Schuld ist nicht als Veräusserung zu betrachten.“

neben seiner Forderung ein neues Recht, aber der materielle Inhalt dieses Rechts ist doch nur Sicherstellung der Befriedigung seiner Forderung, und darauf hat der Gläubiger doch schon kraft seines Forderungsrechts Anspruch. Er erhält also materiell nichts, was er nicht schon kraft seines bestehenden Rechts hatte beanspruchen können. Der Zahlung gegenüber erhält er sogar ein *minus*; denn die Zahlung befriedigt ihn sofort, das Pfandrecht sichert nur seine künftige Befriedigung.

Die heute allgemein getheilte Ansicht, dass die Pfandbestellung anfechtbar sei, beruht auf der Anschauung, dass der Schuldner seine Gläubiger gleichmässig befriedigen müsse, und desshalb im Zustande der Insolvenz nicht durch eine Pfandbestellung für einen Gläubiger eine ungleichmässige Vertheilung seines Vermögens vornehmen dürfe.

Wir sahen, dass diese Auffassung dem römischen Rechte ganz fremd war, dass hier bis zur Concurseröffnung das *sibi vigilare* galt, also jeder Gläubiger berechtigt war, sich auf alle Weise seine Befriedigung zu sichern, ohne dass ihm Rücksichtnahme auf die übrigen Gläubiger durch Verzicht auf einen Theil seiner Forderung zugemuthet wurde. Heute kann man mit einem gewissen Scheine von Berechtigung auf die Pflicht des insolventen Schuldners hinweisen, behufs geordneter Befriedigung aller seiner Gläubiger die Eröffnung des Concurses zu veranlassen. Die Römer konnten daran nicht denken, da sie ein derartiges Concursverfahren gar nicht hatten.

Gerade das sogenannte Concursverfahren der Römer und die Construction des Rechts der Concursgläubiger als Pfandrecht zeigt uns, dass das römische Recht in einer Pfandbestellung eine *fraus* nicht erblicken konnte. Denn jeder Gläubiger eines insolventen Schuldners war jederzeit berechtigt, sich zwangsweise Einweisung in das Vermögen des Schuldners und damit ein prätorisches Pfandrecht an demselben zu verschaffen und kraft desselben alle Güter des Schuldners verkaufen zu lassen. Hierdurch benachtheiligte er Alle, die

an der Einweisung nicht Theil nahmen (und eine Aufforderung dazu fand nicht statt), auf das Empfindlichste. Sollte er dazu noch berechtigt sein, einem andern Gläubiger ein Pfandrecht, das ihm bereits vorher vom Schuldner zugestanden war, kraft seines jüngeren prätorischen Pfandrechts wieder zu entziehen? Es würde darin nach römischer Auffassung die grösste Härte gelegen haben.

Ich nehme daher an, dass nach römischem Rechte eine Pfandbestellung, wie wir sie im Auge haben, nicht anfechtbar war, falls nicht ein Gesetz ausdrücklich erklären sollte, sie sei anfechtbar, und es sei in diesem Falle von dem Erfordernisse der *fraus* abzusehen.

Im Gegensatz zu der entwickelten Ansicht ist heutzutage Theorie und Praxis auf Grund einer Reihe von Gesetzesstellen fast einig im Anerkenntnisse der Möglichkeit der Anfechtung einer derartigen Pfandbestellung mittelst der *a. P.*[1]) Diese Einigkeit ist aber nur eine äussere. Denn über die Bedingungen der Anfechtung herrscht die grösste Uneinigkeit.

Der Hauptstreit dreht sich um die Frage, ob die Pfandbestellung für eine bereits bestehende Forderung ein *lucrum* sei oder nicht.

Holzschuher und Reinhart sind für die Bejahung dieser Frage, da der Gläubiger ein neues Recht ohne Gegenleistung, also *ex lucrativa causa* erhalte. Sie halten desshalb zur Anwendbarkeit der *a. P.* in unserm Falle *conscientia fraudis* nicht für nöthig.

Holzschuher nimmt den Fall aus, wenn die Pfandbestellung auf gerichtliche Klage oder auf aussergerichtliches Andringen des Gläubigers geschehen ist, da der Gläubiger

---

[1]) Vangerow § 697, Anm., IV, Windscheid § 463, Nr. 6, Holzschuher III § 330, 6a, III, Reinhart l. c. S. 122 ff., Arndts, Pandekten S. 368, Francke l. c. S. 259 ff., Huschke l. c. S. 34, Römer l. c. S. 150, Schönemann l. c. S. 30, Dabelow l. c. S. 304 ff., Günther in Weiske's Rechtslexicon II S. 783, Dernburg, Pfandrecht I S. 197, Scheurl, kritische Vierteljahrsschrift II S. 444.

dann, indem er auf längere Zeit creditire und sich anderen Schwierigkeiten und Gefahren aussetze, keinen lucrativen Erwerb mache. Er nähert sich also für die Pfandbestellung der bei der Zahlung verlassenen Gratificationstheorie.

Die Auffassung des Pfandrechtserwerbs ohne spezielle Gegenleistung als *lucrum* ist aber in der That ganz unhaltbar. Darin dass man ein neues Recht erhält, kann man ohne Weiteres ein *lucrum* nicht erblicken. Denn nicht der ideelle Begriff des Rechts, sondern nur dessen materieller Inhalt kann ein *lucrum* involviren. Der Inhalt des Pfandrechts ist aber lediglich die Befriedigung des Gläubigers. Wie kann man denn die kraft Pfandrechts erlangte Befriedigung ein *lucrum* nennen, die durch Zahlung erlangte dagegen nicht? Man findet das Lukrative in dem Mangel der Gegenleistung. Aber gegen die Zahlung wird auch keine andere Gegenleistung gemacht, als dass die Forderung getilgt wird, und diese Gegenleistung erhält auch der Pfandbesteller, wenn das Pfandrecht zur Wirksamkeit gelangt.

Uebrigens sagen auch die Quellen deutlich genug, dass die Pfandbestellung ein *lucrum* nicht enthalte. Für den Fall, dass Jemand für seine eigene Schuld ein Pfand bestellt hat, haben sie das auszusprechen nicht für nöthig gehalten. Sie bestimmen aber, dass auch derjenige, dem man für die Schuld eines Andern ein Pfandrecht bestellt, nicht als beschenkt erscheint, sondern lediglich der Schuldner, für den bestellt ist, als beschenkt zu betrachten ist, wenn sein Gläubiger sich kraft des Pfandrechts bezahlt macht und so die Schuld ohne Gegenleistung seinerseits getilgt wird. [1] Auch umgekehrt

[1] fr. 1 § 19 D. *si quid in fraud. patr. 38, 5. Si fideiussit apud me Libertus vel rem suam pro alio pignori dedit in necem patroni, an Fariana locum habeat, videamus, et numquid cum damno meo non debeat patrono subvenire: neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo: eoque iure utimur. igitur creditor non poterit Fariana convenire; debitor poterit quidem, sed potest et mandati: plane si deficiat mandati actio, quia donationis causa intervenit, erit Favianae locus.*

gilt der Verzicht auf ein Pfandrecht ohne gleichzeitigen Verzicht auf die Pfandforderung nicht als Schenkung.[1])

Die Mehrzahl der Juristen hält dagegen den Erwerb eines Pfandrechts ohne Gegenleistung nicht für ein *lucrum* und lässt die *a. P.* nur zu, wenn alle Erfordernisse derselben, namentlich auch *conscientia fraudis* des Gläubigers, vorliegen. Darüber aber, wann *consilium* und *participatio fraudis* bei der Pfandbestellung vorliegen, sprechen sich die meisten nicht aus, und die wenigen, die auf diesen Punkt eingehen, sind wieder gänzlich uneinig.

Dernburg hält die blosse Kenntniss der Insolvenz seitens des Schuldners nicht für genügend, und verlangt eine besondere Betrüglichkeit. Er stellt aber feste Regeln darüber nicht auf und will Alles dem Ermessen des Richters überlassen. Er illustrirt seine Ansicht mit einigen Beispielen. Wenn die Pfandbestellung in der Hoffnung geschehen sei, den drohenden Concurs abzuwenden, so soll sie nicht anfechtbar sein. Wenn dagegen die Unvermeidlichkeit des Concurses vorauszusehen war, oder die Verpfändung an Freunde und Verwandte erfolgte, nachdem andere Gläubiger vorher oder gleichzeitig auf Sicherstellung drangen, oder endlich die Pfandbestellung für eine noch nicht fällige Schuld ohne Gegenleistung geschah, so soll die *a. P.* stattfinden

Gegen Dernburg wendet sich Scheurl, indem er namentlich betont, dass in Consequenz der Dernburg'schen Ansicht auch dann die *a. P.* ausgeschlossen bleiben müsste, wenn der Schuldner durch Verschleuderung von Vermögensstücken sich Zahlungsmittel behufs Aufhebung des Concurses verschaffe.

Wenn man einmal mit Dernburg davon ausgeht, dass der Schuldner im Zustande der Insolvenz seine Gläubiger nur gleichmässig befriedigen dürfe, dann kann den Schuldner auch die Hoffnung den Concurs zu vermeiden nicht entschuldigen, da es ja eigentlich seine Pflicht wäre im Zustande

[1]) fr. 18 *D. h. t.* und fr. 1 § 1 *D. quib. mod. pign. 20, 6.*

der Insolvenz, den formellen Concurs herbeizuführen. Ueberhaupt fehlt es der Dernburg'schen Ansicht an jedem Principe. Mit dem Beispiele von dem Andrängen der Gläubiger und der vorzugsweisen Befriedigung der Freunde nähert sich Dernburg der Gratificationstheorie. Mit dem Erfordernisse der Gegenleistung scheint er den Pfandrechtserwerb als ein *lucrum* aufzufassen.

Auch Schönemann beschränkt sich auf den Ausspruch, man müsse im einzelnen Falle das Vorhandensein des *consilium* und der *conscientia fraudis* untersuchen. Er führt nun in einem Beispiele aus, Pfandbestellung für eine suspensivbedingte Schuld sei nicht anfechtbar, da ja der bedingt Berechtigte ein Recht auf Cautionsleistung habe, die meistens durch Einräumung eines Pfandrechts erfolge.

Also der bedingt Forderungsberechtigte darf sich ungestraft ein Pfandrecht bestellen lassen, dem unbedingt Berechtigten ist es verwehrt!

Die erste eingehendere Betrachtung der Anwendung der *a. P.* auf den Fall der Pfandbestellung ist jüngst von Hasenbalg angestellt.

Er hält die Pfandbestellung für eine fällige klagbare Schuld für anfechtbar, vorausgesetzt, dass sie im Zustande der Insolvenz geschieht, da durch eine Pfandbestellung Insolvenz nicht herbeigeführt werden könne.

Die Vermögensverminderung liege darin, dass den übrigen Gläubigern Objecte ihrer Befriedigung entzogen würden, ohne dass eine entsprechende Gegenleistung in das schuldnerische Vermögen hinein komme.

Die Verkürzung bestehe in dem, was die übrigen Gläubiger, wenn zur Zeit der Pfandbestellung die Vertheilung des schuldnerischen Vermögens nach den Grundsätzen des Concursverfahrens stattgefunden hätte, mehr erhalten haben würden, wenn die Pfandbestellung nicht erfolgt wäre.

Er hält also die *a. P.* nicht für zulässig, wenn eine genügende Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gekommen ist, so dass die Gläubiger in Folge der Pfandbestellung nicht weniger erhalten.

Das *consilium fraudis* hält Hasenbalg für vorhanden, wenn der Schuldner das Bewusstsein der Insolvenz hatte.

Conscientia fraudis seitens des Gläubigers hält er nicht für nöthig, wenn gar keine neue Gegenleistung erfolgte. Dagegen erfordert er dieselbe, sobald eine, wenn auch noch so ungenügende Gegenleistung, auch die Bewilligung einer Frist oder der Ratenzahlung und dgl. gemacht ist.

Die Suppositionen der Hasenbalg'schen Theorie sind Aufstellung der Pflicht für den insolventen Schuldner, auch schon vor dem Concurse die Gläubiger nur gleichmässig zu befriedigen, und Auffassung des Pfandrechtserwerbs für eine bestehende Schuld als ein *lucrum*. Die Irrigkeit derselben ist bereits dargethan.

Neu ist es nur, bei dem Mangel jeglicher Gegenleistung *conscientia fraudis* nicht zu erfordern, im Falle einer wenn auch noch so geringen Gegenleistung aber auf diesem Erfordernisse zu bestehen.

Enthält das ohne jede Gegenleistung bestellte Pfandrecht ein *lucrum*, so ist auch die Pfandbestellung gegen eine ungenügende Gegenleistung ein *lucrum*, und hätte Hasenbalg consequent in diesem Falle den etwaigen Werth der Gegenleistung in Abzug bringen (manche Gegenleistung, wie Fristbewilligung hat aber für die übrigen Gläubiger keinen Werth) und auf den Rest die *a. P.* zulassen müssen, ohne aber ihre Erfordernisse zu ändern.

Ueberhaupt ist gar nicht abzusehen, wie eine ungenügende oder den Gläubigern nicht zu Gute kommende Gegenleistung das Fraudulöse eines Erwerbes heben könne. Man könnte ebenso gut umgekehrt gerade darin, dass der Schuldner gegen eine Gegenleistung das Pfand bestellt, ein fraudulöses Verfahren erblicken. [1])

---

[1]) Wenn z. B. ein Schuldner, dessen Aktiva sich auf 500 belaufen, von seinen beiden Gläubigern A u. B, denen er je 400 schuldet, um Bestellung eines Pfandrechts angegangen wird, A aber zugleich dem Schuldner für die Pfandrechtsbestellung eine Belohnung von

Hasenbalg hält es zwar auf Grund der vorhandenen Quellenstellen nicht für nöthig, die Anwendbarkeit der *a. P.* auf den Fall der Pfandbestellung erst noch zu erweisen. Er wendet sich aber doch gegen den Einwand, den er sich selbst macht, dass nach seiner Theorie eigentlich auch eine im Zustande der Insolvenz geleistete Zahlung durch die *a. P.* müsse angefochten werden können. Er sagt nämlich: [1]) „Allerdings, der Schuldner kann den einen seiner Gläubiger vor allen Mitgläubigern dadurch bevorzugen, dass er ihn befriedigt. Mithin reicht der Umstand allein, dass der Schuldner, der ein Pfandrecht einräumt, einen Bevorzugungsact vornimmt, nicht aus, um die Zulässigkeit der *act. Paul.* zu erklären. Aber Folgendes kommt hinzu! Der Schuldner darf zwar durch Gewährung der Befriedigung bevorzugen; aber er darf das nur, insofern er dem Gläubiger eben das und nur das gibt, was dieser zu fordern hat. Es liegt somit auf der Hand (?), weshalb die Fälle: der Schuldner zahlt die geschuldeten 100 an A! und: er räumt dem A ein Pfandrecht an dem Stichus ein, damit dieser, sein Recht nutzend durch Verkauf des Stichus 100 sich verschaffe! — verschieden beurtheilt werden müssen. Die beiden Fälle sind nicht schon um deswillen gleich zu beurtheilen, weil in beiden das endliche Resultat dasselbe ist. — A erhält 100; — sie werden vielmehr dieser Gleichheit im endlichen Resultate ungeachtet von folgendem Gesichtspunkte aus durchaus verschieden beurtheilt werden müssen: A hat nur 100 zu fordern; er

50 verspricht, und nun der Schuldner dem A Hypothek bestellt, dem B aber die Bestellung abschlägt, so wird man ein solches Treiben mit mehr Recht ein betrügerisches nennen, als wenn der Schuldner den A abgewiesen und dem B ein Pfandrecht bestellt hätte.

Dennoch würden wir auch in einer solchen Pfandbestellung eine *fraus* im Sinne des Paulianischen Edicts nicht erblicken können, da wir ja auch eine Zahlung nicht würden anfechten lassen, bei deren Empfang der Gläubiger dem Schuldner einen Theil des empfangenen Geldes zurückgibt oder zurückzugeben verspricht, damit es der Schuldner für sich bei Seite schaffen könne.

[1]) l. c. S. 151 ff.

kann nicht begehren, dass diese 100 ihm, dargestellt in dem Stichus, gegeben werden; wenn der Schuldner selbst den Stichus verkauft und die als Kaufpreis erlangten 100 dem A giebt, so erhält A immer doch gerade nur, was er zu fordern hat; — und wie der Schuldner sich die Mittel zur Befriedigung verschafft, geht ihn nichts an; wenn aber der Schuldner ihm ein Pfandrecht am Stichus einräumt, damit er in Ausübung dieses Rechtes durch Verkauf des Stichus den Werth dieses in 100 umsetze und dann diese 100 behalte, so erhält er, zunächst wenigstens, Rechte, auf welche er keinen Anspruch hat, — an einem Gegenstande, der ihm nicht geschuldet wird. Diese zu Ungunsten der Mitgläubiger einzuräumen, ist der Schuldner nicht berechtigt! Eine solche wenn auch nur einstweilige Substitution [1]) (durch Bestellung des Pfandrechts am Stichus) vorzunehmen, ist der Schuldner (in seinem Verhältnisse zu den übrigen Gläubigern) nicht (mehr) befugt, weil so weit das (klagbare) Recht des betreffenden Gläubigers nicht reicht; weil der Schuldner mithin freiwillig, ohne Zwang die Lage der nicht bedachten Gläubiger verschlimmert. Er darf dies, wenn er giebt, was er schuldet; er darf es nicht, sobald er etwas giebt, was er nicht schuldet! Im erwähnten Falle schuldet er 100; nicht den Stichus; auch nicht 100, dargestellt im Stichus; auch kein Recht am Stichus! —"

Gewiss, wer ein Pfandrecht erhält, bekommt im Gegensatze zu dem Zahlungsempfänger seine Befriedigung in einer andern Art, als in der, in welcher er verlangen kann, dass sie geleistet werde.

Die Annahme aber, dass dieser Unterschied für die Erfordernisse der *a. P.* von irgend welcher Bedeutung sein könne, ist bereits bei Besprechung der Anwendbarkeit der *a. P.* auf den Fall der *d. i. s.* widerlegt. Es ist dafür weder in der Natur der Sache noch in den Quellen der mindeste Anhalt gegeben;

---

[1]) Wie anders als durch eine solche Substitution erhalten denn die Concursgläubiger ihre Befriedigung?

und gewiss würde Hasenbalg selbst es nicht „auf der Hand liegend“ gefunden haben, dass auf die von ihm angegebenen Gründe hin das römische Recht eine unterschiedliche Behandlung der Zahlung und der Pfandbestellung bezüglich der Anfechtbarkeit mittelst der *a. P.* hatte eintreten lassen müssen, wenn er nicht überzeugt wäre, dass nach den Quellen die Unanfechtbarkeit der Zahlung und die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung feststände, und nun um jeden Preis Gründe dafür gefunden werden müssen. Denn wie konnte man sonst dazu kommen, einerseits dem Gläubiger, der sich bereits durch Execution Zahlung verschaffen will, auf Bitten des Schuldners davon absteht und mit dessen Bewilligung seine Forderung auf das Grundvermögen desselben hypothekarisch eintragen lässt, gewissermassen als Anerkennung seiner Genügsamkeit zu sagen: „Du bist der Theilnehmer eines Betruges, du musst dein Pfandrecht als einen Gewinn, als die Frucht eines Vergehens wieder herausgeben,“ und in einem Athem hinzuzufügen: „Hättest du statt dessen auf Zahlung bestanden, so würde dir Niemand die Anerkennung eines ehrlichen und sogar sehr umsichtigen Mannes versagen, solltest du auch die niedrigsten Kniffe angewendet haben, um die Zahlung vor der Befriedigung der übrigen Gläubiger zu erwirken.“

Auch Hasenbalg ist es, wie wir sehen, nicht gelungen, eine Theorie der Anfechtbarkeit der Pfandbestellung aufzustellen, ohne mit den von ihm selbst anerkannten Principien der *a. P.* in Widerspruch zu gerathen.

Die Praxis ist ein treues Bild der in der Theorie herrschenden Unsicherheit.

Eines der in Seuffert's Archiv mitgetheilten Erkenntnisse[1]) steht auch für Zahlungen noch auf dem Standpunkte der Gratificationstheorie und entscheidet desshalb auch in Betreff der Pfandbestellung in diesem Sinne.

Erkenntnisse der O. A. G. Dresden, Celle, München und

[1]) Erk. des O. A. G. Dresden, Seuffert II. 352.

Wolfenbüttel [1]) fassen den Pfandrechtserwerb ohne Gegenleistung als *lucrum* auf. Sie sind aber in der Interpretation des Begriffs der Gegenleistung sehr liberal und lassen Fristgebung, Bewilligung der Abtragung in Raten u. dgl. als Gegenleistung zu.

Ein anderes Erkenntniss des O. A. G. Celle [2]) führt dagegen aus, dass Pfandbestellung ohne Gegenleistung ein *lucrum* nicht enthalte, unter Berufung auf fr. 25 f. *D. h. t.: quoniam magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat.* Ebenso halten Erkenntnisse der O. A. G. München, Lübeck und Oldenburg [3]) an dem Erfordernisse der *conscientia fraudis* fest. Das O. A. G. Oldenburg schliesst sich ganz der Dernburg'schen Ansicht an. Auch ein anderes Erkenntniss des O. A. G. München [4]) macht die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung davon abhängig, ob ein vergebliches rechtlich erlaubtes Andringen der übrigen Gläubiger stattgefunden habe, und greift so auf die bei der Zahlung verlassene Gratificationstheorie zurück.

Ein neueres Erkenntniss des O. A. G. Wolfenbüttel [5]) hält die Pfandbestellung in allen Fällen für unanfechtbar, in denen, wenn auch nur indirect, ein Zwang zur Hypothekenbestellung stattfinde, also namentlich in allen Fällen, in denen man auf Zahlung klagen kann. Im Uebrigen soll die *a. P.* gegen eine Pfandbestellung zulässig sein und zwar zum Zwecke der Herbeiführung der gleichmässigen Befriedigung aller Gläubiger.

Ein Erkenntniss des O. A. G. Wiesbaden [6]) führt aus, dass darin allein, dass ein Gläubiger sich für eine unzweifelhafte, wirklich fällige Schuld Sicherheit von einem in Ver-

---

[1]) Seuffert XXI. 187, XXII. 196, XXII. 286.

[2]) ib. XX. 98. Cf. die Erk. desselben Gerichts VI. 124, IX. 356, XVIII. 287, XXV. 94.

[3]) ib. II. 116, IV. 274, III. 249.

[4]) Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung in Baiern XIV. S. 25ff.

[5]) Seuffert, Archiv XXVII. 194.

[6]) ibidem I. 392.

mögensverfall gerathenen Schuldner zu verschaffen sucht, keine betrügerische Absicht und in der Bestellung der geforderten Sicherheit keine widerrechtliche Begünstigung von Seiten des Schuldners gefunden werden könne, vielmehr die Annahme der Pfandbestellung von Seiten des Gläubigers, *qui sine fraudandi animo sibi vigilavit*, unanfechtbar sei, gerade wie es von der Zahlung einer fälligen Schuldforderung Rechtens sei, die sich der Gläubiger von seinem Schuldner geben lasse, obwohl beiden die Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens bekannt gewesen sei.

Die beiden letzteren Urtheile nähern sich der von uns vertheidigten Auffassung.

Aus der Theorie kann ich von neueren Schriften nur die bereits erwähnten Dissertationen von Zürcher [1]) und Friedlaender [2]) für mich anführen. Von älteren Schriftstellern tritt Voet [3]) entschieden für die Gleichstellung der Pfandbestellung mit der Zahlung bezüglich der Anfechtbarkeit durch die *a. P.* ein. „*Nec aliud dicendum*, sagt Voet, *si debitor uni ex creditoribus scienti prudentique solvendo non esse debitorem ante bona per creditores possessa ius pignoris in re sua constituerit pro debiti securitate: cum absurdum esset et iniquum, creditorem eo tempore, quo ipsum creditum a debitore potest impune recipere, non posse sibi pro debito securitatem pacisci.*

Sicherlich würde diese Ansicht in allgemeinere Aufnahme gekommen sein, wenn nicht in der That die Quellen die entgegengesetzte Meinung ausdrücklich zu sanctioniren schienen.

Voet, der bezüglich der Zahlung die Gratificationstheorie billigt, hilft sich über jene Quellenstellen weg, indem er sie auf Gratificationsfälle bezieht. Zürcher sucht sie auf Fälle zu beziehen, in denen auch nach seiner Meinung die *a. P.* zulässig, auf Pfandbestellung für fremde Schuld und Naturalobligationen.

---

[1]) l. c. S. 17—19.

[2]) l. c. S. 42—44.

[3]) Commentarius ad Pandectas lib. 42 tit. 8 nr. 18.

Friedlaender spricht sich über die Stellen gar nicht aus.

Betrachten wir nun die von der herrschenden Meinung herangezogenen Stellen, die einerseits unbestimmt genug sind, alle die Meinungsverschiedenheiten, die wir zu verzeichnen hatten, zuzulassen, andrerseits aber mit unumstösslicher Gewissheit die Anfechtbarkeit der Pfandrechtsbestellung, wie wir sie im Auge haben, rechtfertigen sollen.

Das gewöhnlich hierher gezogene fr. 13 *D. h. t.* ist von der Besprechung auszuschliessen, da es einen andern Fall behandelt.[1])

---

[1]) *Paulus libro sexagensimo octavo ad edictum. Illud constat eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri; suo enim iure et ut pignus, non rei servandae causa possidet.*

Die Stelle scheint allerdings in ihrem ersten Theil sagen zu wollen, dass Pfandbestellungen mit der *a. P.* nicht angefochten werden könnten. Der dafür angegebene Grund aber, der Pfandgläubiger besitze kraft eigenen Rechts und nicht wie ein *rei servandae causa* Eingewiesener blos neben dem Schuldner, erscheint durchaus unverständlich.

Weber (Beiträge zu der Lehre von den Klagen, S. 80) nahm desshalb auch an, dass die Stelle sich gar nicht auf die *a. P.* beziehe, vielmehr in derselben ausgesprochen sei, dass Pfandsachen vom Pfandgläubiger zur Concursmasse nicht eingefordert werden könnten, weil der Pfandgläubiger ein besseres Recht habe, als die nachher eingewiesenen Gläubiger. *Cuiacius (lib. LXVIII, Paul. ad Ed. V, 811.)* hatte die Stelle bereits ähnlich erklärt. Wenn ein Gläubiger *rei servandae causa* eingewiesen sei und dadurch ein prätorisches Pfandrecht erlangt habe, so könnten die übrigen Gläubiger verlangen, dass sie mit in den Besitz gesetzt und mit dem eingewiesenen *pro rata* befriedigt würden. Dem Inhaber eines Conventionalpfandes gegenüber könne dagegen ein solches Verlangen nicht gestellt werden. Dieser sei vielmehr berechtigt, sich ausschliesslich aus dem Pfandobjecte zu befriedigen. Wenn er allerdings erst nachträglich zur Verkürzung der übrigen Gläubiger ein Pfandrecht erlangt habe, so könne dieses mit der *a. P.* angefochten werden. Auch nach dieser Erklärung könnte die *actio* des fr. 13. nicht die Anfechtungsklage sein. Einer solchen Annahme aber steht sowohl Stellung wie Ueberschrift der Stelle entgegen. *Ulpian* behandelt in dem lib. 66 seines Edictscommentars die *a. P.* (fr. 1, 3, 6.) und dann im lib. 73 am Schlusse der

Es bestätigen zunächst zwei Stellen im Allgemeinen die Anfechtbarkeit einer Pfandbestellung, nämlich fr. 6 § 6 *D. h. t. in fine: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora vendi-*

Lehre von den Interdikten das *interdictum fraudatorium* (fr. 2, 10.), jedenfalls im Anschlusse an den Text des Edicts. Ebenso muss angenommen werden, dass derselben Ordnung folgend *Paulus*, der in lib. 62 des Edictscommentars von der *a. P.* handelt (fr. 6, 9), dann in lib. 63 die Lehre von den Interdikten beginnt (fr. 2 *D. de interd.* 43, 1), in den beiden dem lib. 63 entnommenen Stellen unseres Titels (fr. 4 u. 13) von dem *interdictum fraudatorium* handelt; namentlich bezieht sich fr. 4 unstreitig auf das Anfechtungsrecht des Gläubigers. Wir müssen deshalb annehmen, dass in der Stelle von dem *interdictum fraudatorium* oder von der *in factum actio* die Rede ist, die nach Huschke eine Erweiterung des *interd. fraud.* dargestellt haben soll.

Reinhart (l. c. S. 122) meint, die Stelle lehre, der Umstand, dass Jemand neben seiner Forderung an den insolventen Schuldner noch ein Pfand in Händen habe, berechtige noch nicht zu der Behauptung, dass er *ex lucrativa causa* besitze, geschweige denn *mala fide* erworben habe.

Das sagt nun einmal die Stelle durchaus nicht; dann ist das aber auch so selbstverständlich, dass es wohl niemals ein römischer Jurist ausgesprochen haben wird, und endlich ist durch diese Erklärung der Stelle die in dem Nachsatze derselben liegende Schwierigkeit durchaus nicht gehoben.

Um zu einer befriedigenden Erklärung der Stelle zu gelangen, muss man fragen: Wie kann in Bezug auf die *a. P.* eine unterschiedliche Behandlung des eingewiesenen pratorischen Pfandgläubigers und des Inhabers eines Conventionalpfandes eintreten?

Ein Fall, in dem eine *missio rei servandae causa* mit der *a. P.* anzufechten wäre, lässt sich schwerlich denken. Der Prator ertheilt die *missio* ohne Prüfung der Begründetheit der Forderung, macht aber ihre Wirksamkeit von der Existenz dieser Forderung abhängig. Hat also der Eingewiesene gar keine Forderung, so bleibt die Einweisung wirkungslos, hat er dagegen eine mit der *actio* bez. *exceptio Pauliana* anfechtbare Forderung, so wird es Sache der der Einweisung beigetretenen Gläubiger bez. des *bonorum emtor* sein, die Forderung anzufechten und fällt dann die *missio* des Betreffenden von selbst. Aber gesetzt auch den Fall, ein durch *missio rei servandae causa* erlangtes pratorisches Pfandrecht sei mit der *a. P.* anzufechten,

tionesque und fr. 2 *D. h. t.: idem erit probandum: et si pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum praeponat.* Denn dies *praeponere* ist wohl auf die Einräumung eines besseren Pfandrechts zum Nachtheil der Nachstehenden zu beziehen.

Indess zwingen uns diese Stellen durchaus nicht, die Anfechtbarkeit einer Pfandrechtsbestellung für eine gültige und fällige Schuld anzunehmen. Man wäre sehr wohl berechtigt, sie auf die Bestellung eines Pfandrechts für fremde Schuld, für eine *obligatio naturalis* u. dgl. zu beziehen.

---

warum sollte im gleichen Falle nicht auch ein Conventionalpfandrecht anfechtbar sein? Dass das Recht des Conventionalpfandgläubigers weitergehend ist, als das eines prätorischen Pfandgläubigers, kann doch unmöglich der Grund sein, gegen Letzteren die Klage zuzulassen, sie gegen Ersteren aber zu versagen.

Es kann also in dem fr. 13. cit. von einer auf Aufhebung des Pfandrechts bez. der *missio rei servande causa* gerichteten *a. P.* gar nicht die Rede sein.

Vielmehr müssen wir mit Huschke (l. c. S. 102) annehmen, dass die Stelle die Frage behandelt, ob die gegen den Erwerber einer Sache aus irgend einem Grunde zulässige *a. P.* auch gegen den Gläubiger des Erwerbers gehen könne, einmal, wenn er sich die fraudulös erworbene Sache als Pfand hat bestellen lassen, und dann, wenn er sich in das Vermögen des Erwerbers hat einweisen lassen, und an diesem mit Einschluss jener Sache ein prätorisches Pfandrecht erworben hat. Paulus entscheidet nun: Gegen den Eingewiesenen kann die Klage *ex persona debitoris* angestellt werden, gegen den Conventionalpfandgläubiger dagegen nicht.

Und mit Recht. Der *rei servandae causa missus* erscheint Dritten gegenüber lediglich als Vertreter des Schuldners und muss deshalb auch die gegen diesen gehenden, wenn auch nur persönlichen Ansprüche auf Sachen, die er inne hat, gegen sich gelten lassen. Anders der Conventionalpfandgläubiger. Er besitzt Kraft eigenen Rechts, die Sache ist durch den Eigenthümer rechtsgültig in seinen Pfandbesitz gegeben, und ob Dritte mit einer Delictsklage die Sache von dem Eigenthümer verlangen können, kann sein Recht an der Sache nicht beeinträchtigen. Noch weniger aber kann diese Delictsklage statt gegen den Schuldner gegen ihn gerichtet werden.

Danach ist also fr. 13 cit. für unsere Frage bedeutungslos.

Eingehender sprechen sich zwei andere Stellen über die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung aus.

Fr. 10 § 13 *D. h. t. (Ulpianus).*

Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, at est saepissime constitutum.

Fr. 22 *D. h. t. (Scaevola).*

Cum in vetus creditum alius creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem creditorum factum nullius momenti esset, respondit creditorem non ideireo prohibendum a persecutione pignorum, quod, cum vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

Beide Stellen sprechen von einem *vetus creditum*. Wollte man darunter eine verjährte Schuld verstehen — und in der Bedeutung von „verjährt" kommt *vetus* in den Quellen vor —, so würden die Stellen die Anfechtbarkeit einer Pfandbestellung für eine verjährte Schuld behandeln und darum für die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung zur Deckung einer fälligen klagbaren Schuld nichts beweisen.

Allein dieser Auffassung widerspricht, von allem Anderen abgesehen, dass *Ulpian* die Pfandbestellung in einen Gegensatz zur Zahlung bringt, und nicht abzusehen ist, weshalb die Zahlung einer verjährten Schuld nicht angefochten werden könnte, wenn eine Pfandbestellung für dieselbe anfechtbar ist.

Vetus creditum heisst hier also eine bereits bestehende Schuld.

Scaevola sagt nun: Eine Pfandbestellung für eine bereits bestehende Schuld ist nicht nichtig. Sie kann aber, falls sie den übrigen Gläubigern gegenüber eine *fraus* enthält und zur Herbeiführung dieser *fraus* vorgenommen ist, mit der *a. P.* angefochten werden.

Ulpian wiederholt *Scaevola's* Entscheidung in kürzerer Form. Sein Ausspruch ist uns aber dadurch von Interesse, dass er versichert, so sei sehr oft entschieden, und ferner

dadurch, dass er die Gegensätzlichkeit der Pfandbestellung zur Zahlung bezüglich der Anwendbarkeit der *a. P.* betont.

Die Stellen sprechen jedenfalls von einer im Zustande der Insolvenz vom Schuldner vorgenommenen Pfandbestellung. Denn nur dann kann die Anwendbarkeit der *a. P.* in Frage kommen. Sie verlangen aber auch für diesen Fall noch besonders, dass in der Pfandbestellung eine *fraus* liege, und erkennen damit an, dass eine Pfandbestellung im Zustande der Insolvenz nicht unbedingt fraudulös ist.[1]) Worin aber diese *fraus* bestehen müsse, wann sie anzunehmen sei, darüber äussern die Stellen sich nicht, und mit diesem Schweigen verweisen sie auf die allgemeinen Principien der *a. P.*

Wie vorher dargelegt ist, kann nun in der Pfandbestellung des heutigen Rechts für eine fällige klagbare Schuld eine *fraus* im Sinne des Paulianischen Edicts ebenso wenig liegen, wie in einer Zahlung derselben. Und an eine fällige, klagbare Schuld müssen doch jene Stellen gedacht haben. Denn wir können sie nicht, wie Zürcher will, auf Pfandbestellungen für eine fremde oder naturale Schuld beziehen. Denn dann würde in den Stellen nicht von *creditum* schlechthin die Rede sein, und wäre dann auch der in denselben betonte Gegensatz zur Zahlung ganz unverständlich.

Wenn im heutigen Rechte in einer Pfandbestellung für eine fällige und klagbare Schuld eine *fraus* nicht liegen kann, und dennoch jene Stellen eine Pfandbestellung für eine fällige und klagbare Schuld für anfechtbar erklären, wenn darin eine *fraus* liege, so würden also die Stellen von Fällen sprechen, die gar nicht eintreten und gar nicht gedacht werden können, und also keinen Sinn haben?

---

[1]) Sehr deutlich ist das in der bezüglichen Stelle der Basiliken hervorgehoben. Bas. IX, 8, 22:

Τὸ ἑνα τῶν δανειστῶν λαβεῖν ἐνέχυρα. οὐ δοκεῖ ἐπὶ περιγραφῇ τῶν ἄλλων γενέσθαι, εἰ μὴ τοῦτο δειχθῇ. (Si unus creditorum acceperit pignora, non videtur in fraudem reliquorum factum, nisi hoc probetur.)

Keineswegs. Wenn wir zeigten, dass die Pfandbestellung des heutigen Rechts eine *fraus* nicht enthalten könne, so ist damit durchaus nicht gesagt, dass auch bei der Pfandbestellung des römischen Rechts eine *fraus* nicht möglich gewesen sei. Wir müssen uns erinnern, dass mit Inhalt und Geltendmachung des Pfandrechts Veränderungen vor sich gegangen sind.

Die älteste Form des romischen Pfandrechts war die *fiducia*. Der Schuldner übertrug dem Schuldner an der zu verpfändenden Sache in der Form der *mancipatio* oder *in iure cessio* unumschränktes civiles Eigenthum, also auch Veräusserungs- und Belastungsbefugniss und Fruchtgenuss.

Der einzige und recht ungenugende Schutz des Schuldners bei diesem für ihn ausserst gefährlichen Geschäfte bestand in der dem *contractus fiduciae*, der bei der Uebergabe geschlossen wurde, entspringenden *actio fiduciae*, die ihm gegen dolioses Handeln des Gläubigers sichern und diesen zur Rückübertragung der Sache nach Tilgung der Schuld zwingen konnte.

Besonders hart wurde die Lage des Schuldners dadurch, dass der Gläubiger trotz der Verpfändung die Schuldklage gegen den Schuldner anstellen, ihn zur Verurtheilung bringen und durch Vollziehung der personlichen Execution durch Verkauf in die Fremde für immer rechtlos machen und sich so von seiner Verpflichtung zur Ruckgabe der *fiducia* befreien konnte.

Die *fiducia* war sonach schon für den Schuldner selbst ein höchst gefährliches und auf einem besonderen Vertrauensverhältnisse zwischen den Contrahenten beruhendes Geschäft. „*Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*" waren die Worte, deren der Schuldner bei Abschluss des *pactum fiduciae* sich bediente und mit denen er die Sache seinem Gläubiger überliess,[1] und der Prätor hielt

[1]) So nehmen Dernburg, Pfandrecht I S. 8, Bethmann-Hollweg, röm. Civilprozess I S. 64 Nr. 15, Rudorff, Rechtsgeschichte II § 22 zu Note 6 und Andere an. Ubbelohde dagegen verwirft in seiner

es für nöthig der Formel der *actio fiduciae* die Worte zuzufügen: *‚ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.‘*[1])

Noch weit gefährlicher war die *fiducia* für die übrigen Gläubiger des Verpfänders, die sie namentlich bei einem Colludiren seitens der Contrahenten auf das Empfindlichste verkürzen und zur Bereicherung des Pfandinhabers schädigen konnte.

Es liegt indessen kein Grund vor, die gedachten Stellen in ihrer ursprünglichen Bedeutung auf eine *fiducia* zu beziehen. Jedenfalls sind sie in der Compilation von einem eigentlichen Pfandrecht zu verstehen.

Aber das *pignus* des römischen Rechts war nicht minder geeignet, die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen.[2])

Ich erinnere zunächst an den Fall, wenn der Pfandbestellung eine *lex commissoria* beigefügt, also bestimmt war, dass das Pfandobject, falls die Schuld bis zu einem bestimmten Termine nicht gezahlt sein sollte, dem Gläubiger zu Eigenthum zufallen solle. Das kam gewiss bis zu dem Verbote Constantins,[3]) der die *lex commissoria* eine *captio* nennt, regelmässig, immerhin häufig genug vor. Es wurde durch eine derartige Pfandbestellung den Gläubigern die ganze Pfandsache also einfach entzogen, und bot sich in derselben für den Schuldner ein bequemes Mittel, seine Sachen auf die Seite zu schaffen, indem er heimlich Rückübertragung der Sache oder eine Vergütung sich ausbedang.

Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass eine derartige Pfandbestellung wegen der darin enthaltenen *fraus* mit der *a. P.* angefochten werden konnte. Aber auch durch eine Pfandbestellung ohne *lex commissoria* konnten die Gläu-

---

Schrift: „Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Spezies“ (S. 61 ff.) diese Ansicht und hält die angeführten Worte für ein Stück der alten Formel der *actio de perfidia.*

[1]) *Cicero, de officiis III, 17 § 70.*

[2]) Die Anregung zu nachstehendem Versuche der Interpretation der fr. 10 § 13 und fr. 22 *D. h. t.* und vielfache Förderung bei der Ausführung desselben verdanke ich der Güte des Herrn Professor Ubbelohde in Marburg.

[3]) c. 1 *Cod. Theod. de commissoria rescindenda 3, 2.*

biger zu Ungebühr verkürzt, und ihnen die Objecte ihrer Befriedigung entzogen werden, ohne dass der Werth derselben lediglich zur Befriedigung der Pfandgläubiger verwendet wurde.

Der *creditor pignoraticius* des römischen Rechts hatte die Befugniss, sobald seine Forderung fällig, und wie man mit Dernburg [1] in der darüber bestehenden Controverse annehmen muss, der Schuldner im Verzug war, die Pfandsache zu verkaufen. Er hatte eine öffentliche Denuntiation zu erlassen, auch den Schuldner von dem bevorstehenden Verkaufe zu benachrichtigen. Er war aber durchaus nicht verpflichtet, die Sache öffentlich zu versteigern, sondern er konnte sie auch unter der Hand verkaufen. Ueberhaupt gebührte ihm allein die Bestimmung über Art und Weise, Bedingungen, Ort und Zeit des Verkaufes. Er war zwar verpflichtet, den jeweiligen Umständen nach möglichst günstig zu verkaufen. Günstige Conjuncturen abzuwarten, war er dagegen nicht verpflichtet; auch unter den ungünstigsten Verhältnissen blieb sein Recht ungeschmälert. Verkaufte nun aber der Gläubiger ohne Rücksicht auf die ihm auferlegten Verpflichtungen und Beschränkungen, so war der Verkauf keineswegs nichtig. Aber es begründete dies die Präsumtion gegen ihn, dass er fraudulös gehandelt habe. Der Verpfänder hatte dann gegen ihn nicht nur den Anspruch auf die *hyperocha*, den Rest des Erlöses nach Abzug der Pfandschuld, ein nach Vorstehendem in jeder Beziehung unsicheres Recht, sondern er hatte auch einen durch eigenes *iuramentum in litem* zu bestimmenden Schadensersatzanspruch. Hat der Schuldner aber auf den ihm entstehenden Schaden verzichtet oder mit den von dem Gläubiger zu treffenden schädlichen Massregeln sich einverstanden erklärt, so fällt selbstverständlich jeder Anspruch desselben weg.

Sonach war die Verpfändung schon für den Schuldner selbst ein Geschäft, bei dem er selbst bei grösster Vorsicht

[1] Pfandrecht II S. 122.

und bei einem rechtlichen und ehrlichen Verfahren des Gläubigers sehr geschädigt werden konnte. Er war stets in Gefahr, durch den Pfandverkauf erheblich mehr an Vermögenswerth zu verlieren, als er durch die dadurch bewirkte Tilgung der Schuld des Pfandgläubigers gewann.

Weit gefährdeter aber als der Schuldner selbst waren die Concursgläubiger.

Nehmen wir zunächst an, die Pfandsache sei bis zur Beendigung des Concurses noch nicht verkauft.

Die *creditores immissi* hatten keineswegs das Recht, das Pfandobject zur Concursmasse zu ziehen. Für die Zeit der *bonorum emtio* ist das unbestritten. Die Pfandsache blieb also vom Concurse gänzlich ausgeschlossen, und der Pfandgläubiger, der durch die Pfandsache genügend gesichert war, nahm am Concurse gar keinen Theil. Ein Mittel, ihn zum Verkaufe der Pfandsache zu zwingen, hatten die Concursgläubiger nicht.

So lange das Institut der *bonorum emtio* bestand, verkauften die Gläubiger mit dem Vermögen des Schuldners im Ganzen auch das Eigenthum des Schuldners an der Pfandsache, sowie alle Ansprüche desselben aus der Verpfändung an den *bonorum emtor*, und dieser konnte als Rechtsnachfolger des Schuldners alle Ansprüche desselben geltend machen. Aber er wird wohl schwerlich dafür auch nur annähernd so viel berechnet haben, als der Werth der Sache nach Abzug der Forderung des Pfandschuldners betrug. Eine Einwirkung auf Zeit, Ort und Umstände des Verkaufs stand ihm eben so wenig zu als dem Schuldner, und der Anspruch auf die dereinst zu erwartende *hyperocha* war ein qualitativ und quantitativ so geringer, dass er schwerlich etwas erhebliches dafür bieten durfte. Aber er hatte ja das Recht, die Forderung des Pfandgläubigers zu tilgen und sich so die Pfandsache wieder zu verschaffen! Allein er war keinen Augenblick vor der Eventualität sicher, dass die Sache vorher verkauft wurde; das Forschen nach Pfandsache und Pfandgläubiger, die Feststellung der For-

derung des Letzteren, die Berechnung etwaiger Gegenansprüche wegen Deterioration. Alles das waren Schwierigkeiten, die auch das Wiedereinlösungsrecht zu einem besonders einladenden, das den *bonorum emtor* zu einem namhaften Gebote veranlasst hätte, nicht machen konnten.

Nach Abschaffung der *bonorum emtio* und Einführung des Einzelverkaufs durch die Gläubiger bez. deren Curator wurde das Verhältniss für die Gläubiger noch prekärer.

Welche Rechte die Concursgläubiger jetzt dem Pfandgläubiger gegenüber hatten, darüber sagen uns die Quellen nichts Bestimmtes. Jedenfalls ist die Annahme Bethmann-Hollwegs, [1]) dass sie jetzt die Pfandsache hätten zur Concurs-

---

[1]) Römischer Civilprozess III § 159 S. 322 ff. Dagegen Bayer, Concursprozess § 16. Bethmann-Hollweg beruft sich für seine Ansicht auf c. 8 *C. qui bonis cedere possunt 7, 71. . . . . nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores quantum ad hanc electionem observanda. in rebus autem ipso iudicis partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eos habere praestabit regula: nullo praeiudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando.* Die Stelle ist nicht beweisend. Sie bestimmt, dass bei der Berathung, ob dem Schuldner *moratorium* bewilligt, oder *cessio bonorum* von ihm verlangt werden soll, Pfandglaubiger und Chirographarier und zwar mit gleichem lediglich nach der Grosse der Forderung sich richtenden Stimmrechte Theil nehmen. Die Pfandgläubiger waren ja auch bei dieser Berathung gerade so interessirt wie die Chirographarier. Denn das *moratorium* schiebt die Fälligkeit der Leistung des Schuldners hinaus und hindert somit den Pfandgläubiger an der Distraction des Pfandes. Die Stelle bestimmt dann weiter, dass dagegen bei der eventuell erfolgenden gerichtlichen Theilung der Güter des Schuldners jeder Gläubiger die *vis* behalten werde, die ihm gesetzlich zustehe. Das lässt durchaus nicht darauf schliessen, dass nun die Pfandgläubiger am Concurse Theil nehmen mussten. Die *sua vis* der Pfandglaubiger bestand eben darin, dass sie Herausgabe der Pfandsache verlangen konnten. Der Bethmann-Hollweg'schen Auffassung widerspricht c. 6 *C. de bonis auth. iud. 7, 72. Pro debito creditoris addici sibi bona sui debitoris non iure postulant. unde si quidem debitoris tui caeteri creditores pignori res acceperunt: potiores eos, quam te chirographarium creditorem haberi non ambigitur. quod si specialiter vel generaliter ne-*

masse ziehen und mit derselben versilbern können, nicht begründet. Günstigsten Falls kann man annehmen, dass die Rechte des *bonorum emtor* auf die jetzt das Geschäft desselben, die Versilberung der Masse im Einzelnen, besorgende Gläubigerschaft bez. deren Curator übergegangen wäre. Man könnte auch vielleicht annehmen, dass sie als prätorische Pfandgläubiger die Rechte der Nachhypothekarien gehabt hätten, wiewohl das prätorische Pfandrecht so weit gehende Wirkungen wie das Conventionalpfandrecht nicht hatte, und wir kein Zeugniss dafür haben, dass der prätorische Pfandgläubiger einen Anspruch auf die *hyperocha* und das *jus offerendi et succedendi* gehabt hätte. Es kann aber diese Frage auf sich beruhen bleiben, da jedenfalls sie als Nachhypothekarien weitergehende Rechte an der Pfandsache als der *bonorum emtor* nicht haben konnten.

Die an sich sehr prekären Rechte des *bonorum emtor* an der Pfandsache mussten noch prekärer werden, wenn ihre Ausübung von den Beschlüssen einer Mehrheit abhängig war und namentlich war das *jus offerendi et succedendi*, wenn es den Gläubigern wirklich zustand, in der Hand derselben ein ziemlich werthloses Recht. Denn zur Aufbringung der zur Ausübung desselben erforderlichen Mittel bedurfte es erst einer Prüfung der zum Concurse angemeldeten Forderungen, und dann einer gemeinschaftlichen Festsetzung und Einziehung des auf jeden Gläubiger nach Verhältniss seiner Forderung entfallenden Beitrags zu der Einlösungssumme.

---

mini probentur obligatae, ac sine successore communis debitor vel eius heres decessit: non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest. Hier wird ausdrücklich gesagt, dass von der *possessio* und *venditio bonorum* die Pfandstücke ausgenommen sind. Damit stimmt c. 10 *pr. eodem* überein. Es wird darin nämlich bestimmt, dass, wenn ein Gläubiger sich in die Güter seines Schuldners einweisen lässt, die nicht mit Hypotheken versehenen Gläubiger der Einweisung beitreten können. Die Pfandgläubiger treten also nicht bei, ihr Pfandrecht wird durch die Wirkungen des Concurses in keiner Beziehung alterirt.

Weit schlimmer aber gestaltet sich die Lage der Gläubiger, wenn der Verkauf vor der Beendigung des Concurses erfolgte, und das wird, wenn Schuldner und Gläubiger zur betrügerischen Verkürzung der übrigen Gläubiger zusammenwirkten, stets der Fall gewesen sein.

Das Wiedereinlösungsrecht des *bonorum emtor* bez. der Concursgläubiger des späteren Rechts, das noch am besten die Gläubiger vor zu erheblichen Verlusten durch das Pfandrecht schützte, war durch den erfolgten Verkauf abgeschnitten.

Es blieb also den Gläubigern nur der Anspruch auf die *hyperocha*. Wie wir sehen, konnte derselbe auch bei durchaus rechtlichem Verfahren des Pfandgläubigers denselben keinen genügenden Ersatz für den ihnen entzogenen den Betrag der Pfandschuld übersteigenden Werth der Pfandsache bieten. Aber auch dieser Anspruch war ihnen noch nicht einmal sicher. Der Pfandgläubiger war nämlich auch berechtigt, die *hyperocha* an den Schuldner zu zahlen, und blieb dann, wenn dieser sie bei Seite schaffte, den Gläubigern das leere Nachsehen. Vor der *missio in possessionem* konnte, der Gläubiger unzweifelhaft die *hyperocha* an den Schuldner gültig und unangefochten zahlen. Aber auch eine Zahlung an den Schuldner *post bona possessa* blieb gültig und konnte selbst wenn sie in der Absicht geschah, den übrigen Gläubigern die *hyperocha* zu entziehen, mit der *a. P.* nicht angefochten werden. fr. 6 § 6 *h. t.* bestimmt nämlich ausdrücklich, dass Zahlungen an den Gemeinschuldner nicht angefochten werden können und macht dabei im Gegensatze zu § 7 *eodem*, in dem von einer Zahlung seitens des Cridars die Rede ist, durchaus keinen Unterschied zwischen Zahlungen *ante* und *post bona possessa*.

So konnte den Concursgläubigern ohne die *a. P.* gegen eine Pfandbestellung der Werth der Pfandsache gänzlich entzogen werden, selbst wenn der Pfandgläubiger sich in den Schranken der ihm gesetzlich zustehenden Befugnisse hielt.

Wie aber, wenn er darüber hinausging, wenn er die

Pfandsache verschleuderte und sich oder dem Schuldner heimlich einen Vortheil von dem Käufer derselben ausbedang? Dagegen hatte allerdings der *bonorum emtor* als Rechtsnachfolger des Schuldners einen Anspruch auf Schadensersatz. Hatte aber der Schuldner colludirt, so fiel dieser Anspruch *ex persona debitoris* selbstverständlich weg.

Es lag hier eine *fraus* vor, die nur mit der *a. P.* unschädlich gemacht werden konnte. Man könnte nun meinen, die *a. P.* hätte in solchen Fällen nicht gegen die Pfandbestellung, sondern gegen den Pfandverkauf als die eigentlich fraudulöse Handlung gerichtet werden müssen.

Allein der Pfandverkauf war ein zwischen Dritten abgeschlossenes Geschäft und entzog sich der Anfechtung der Gläubiger. Aber der Grund ihrer Schädigung lag gerade in der Pfandbestellung, zumal wenn sie in der ausgesprochenen Absicht vorgenommen wurde, die Gläubiger zu schädigen; denn sie gab das Pfandrecht, dessen Verwirklichung die Gläubiger schädigen sollte, und desshalb musste auch gegen dieselbe sich die *a. P.* richten.

Objectiv enthielt die Pfandbestellung nach römischem Rechte also fast stets eine Verkürzung der übrigen Gläubiger über den Betrag der Pfandforderung hinaus, so bald nur, wie es wohl meistens der Fall war, der Werth der Pfandsache den Betrag der Pfandforderung überstieg.

Dennoch war das römische Recht weit entfernt, nun in jedem Falle die Pfandbestellung für anfechtbar zu erklären. Es wollte, trotzdem die Pfandbestellung sehr leicht die übrigen Gläubiger schädigen konnte, dem Schuldner die Befugniss, zur Deckung seiner Schulden Pfandbestellungen vorzunehmen, nicht schmälern.

Wenn aber, und das sprechen unsere Stellen ganz in Uebereinstimmung mit den dargelegten allgemeinen Principien der *a. P.* aus, die Pfandbestellung in der Absicht vorgenommen wurde, die übrigen Gläubiger über den Betrag der Pfandschuld hinaus zu verkürzen, dann sollen die Gläubiger dieselbe mit der *a. P.* anfechten können.

Hierzu zwang das römische Recht nicht nur seine eigene Consequenz, sondern es sprechen dafür auch die dringendsten rechtspolitischen Gründe. Denn die Pfandbestellung des römischen Rechts war bei betrügerischem Colludiren beider Contrahenten wie kein anderes Geschäft geeignet, in verdeckter Weise und unter der Form einer vom Rechte geschützten Handlung den übrigen Gläubigern sämmtliche Objecte ihrer Befriedigung zu entziehen, und sie auf das Unbilligste zu verkürzen.

Der Satz: Pfandbestellung ist anfechtbar, wenn sie *in fraudem creditorum* vorgenommen ist, hatte für das römische Recht seinen guten Sinn. Für das heutige Recht, nach dem wegen der veränderten Realisirung des Pfandrechts, wegen des gerichtlichen Verkaufs der Pfandobjecte und wegen der Theilnahme der Pfandgläubiger an dem Concurse die objective Möglichkeit einer *fraus* ausgeschlossen ist, hat er seine Bedeutung verloren.

Hiernach halte ich den Nachweis für erbracht, dass eine Pfandbestellung für eine rechtsgültige, fällige, klagbare und unanfechtbare Schuld des Pfandbestellers nach heutigem gemeinen Rechte unter keinen Umständen mit der *a. P.* angefochten werden kann.

§ 7.

In der Beantwortung der Frage nach der Anfechtbarkeit einer Pfandbestellung für eine noch nicht fällige, bedingte oder natürliche Schuld dürfen wir nach vorstehender Ausführung davon ausgehen, dass die Pfandbestellung rücksichtlich der *a. P.* der Zahlung gleich zu behandeln ist.

Für die Pfandbestellung für noch nicht fällige und bedingte Schulden gestaltet sich hiernach die Sache sehr einfach. Insoweit diese im Concurse überhaupt zur Liquidation gelangen, wird ihre vorzugsweise Befriedigung durch die Pfandbestellung sicher gestellt. Darin kann eine *fraus* nicht liegen;

darüber hinaus kann aber auch die Pfandbestellung im Concurse nichts gewähren, und kann es desshalb zu einer Anfechtung einer derartigen Pfandbestellung unter keinen Umständen kommen.[1])

Für natürliche Verbindlichkeiten ist die Function des Pfandrechts eine weitergehende, als die blosse Sicherung gegen Insolvenz des Schuldners. Durch die Pfandbestellung wird die *obligatio naturalis* in gewisser Weise eine *obligatio civilis*. Ohne das Pfandrecht würde dieselbe im Concurse gar nicht berücksichtigt werden. Das Pfandrecht aber bewirkt, dass dieselbe bis zur Höhe des Werthes der Pfandsache wie eine jede andere durch ein Pfandrecht gedeckte Forderung behandelt werden muss. Wollen also die übrigen Gläubiger diese Befriedigung hindern, so müssen sie die Pfandbestellung für die *obligatio naturalis* mit der *a. P.* angreifen. In Bezug hierauf wird man sagen dürfen: In allen Fällen, in denen Zahlung einer *obligatio naturalis* eine *fraus* nicht enthält, wird auch in der Pfandbestellung eine *fraus* nicht zu erblicken sein, und umgekehrt, und darnach wird man unter Anwendung der Grundsätze, die wir über die Fraudulosität der Zahlung einer *obligatio naturalis* allerdings nur hypothetisch aufgestellt haben, im concreten Falle über die Zulässigkeit der *a. P.* gegen eine Pfandbestellung für eine *obligatio naturalis* entscheiden müssen.

Wir fassten bisher den Fall ins Auge, dass ein Gläubiger sich durch Pfandbestellung einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern verschafft. Es kann aber auch insbesondere ein Gläubiger vor einem Pfandgläubiger einen Vorzug sich verschaffen, also namentlich dadurch, dass er sich ein öffentliches Pfandrecht bestellen lässt, während Jener nur ein privates hatte.

---

[1]) In Fällen, in denen im Concurse für eine von einer noch schwebenden Suspensiv-Bedingung abhängige Forderung Caution gefordert werden kann, wird diese Caution, falls die Forderung mit Pfandrecht versehen ist, an bevorzugter Stelle zur Liquidation kommen müssen.

Zürcher[1]), der im Uebrigen der hier vertretenen Ansicht beistimmt, lässt in einem solchen Falle, wenn die Bestellung seitens des Schuldners *dolo malo* geschah, um sich dem früheren Gläubiger gegenüber insolvent zu machen, und dies dem Pfanderwerber bekannt war, die *a. P.* zu. Man könnte auch sehr versucht sein, in einem solchen Falle, in dem durch eine treulose Handlungsweise ein Gläubiger, der sich schon ganz gesichert glaubte, vielleicht um seine ganze Forderung geprellt wird die *a. P.* zuzulassen. Allein nach unserer Auffassung kann auch in einer Bestellung eines besseren Pfandrechts, einer an und für sich ganz legalen Handlung, eine *fraus* nicht gefunden werden, weil der Gläubiger, dem das bessere Pfandrecht bestellt ist, dadurch nichts als seine Befriedigung erhält, und darüber hinaus dem nachstehenden Gläubiger nichts entzogen wird. Die darin liegende Unbilligkeit ist nicht so geartet, dass sie mit der *a. P.* angefochten werden könnte. Sie ist in gleichem Masse vorhanden, wenn die Einräumung des besseren Pfandrechts seitens eines s o l v e n t e n Schuldners geschieht, und die *a. P.* also unter keinen Umständen Platz greifen kann. So lange nämlich der Schuldner zahlen kann, ist das Innehaben eines besseren Pfandrechts bedeutungslos, das Pfandrecht wird stets nur mit Rücksicht auf eine künftige Insolvenz des Schuldners bestellt, und daher hat das Einräumen eines besseren Pfandrechts seitens eines solventen Schuldners keinen andern Zweck, als dem neuen Gläubiger für den Fall der Insolvenz die Befriedigung vor dem alten Gläubiger zu sichern. Eine Unbilligkeit liegt in einem solchen Verfahren regelmässig, aber daran ist das Gesetz schuld, welches die Möglichkeit der Bestellung eines besseren Pfandrechts bietet. Eine *fraus creditorum*, wie sie die *a. P.* erfordert, kann darin nicht gefunden werden.

Wie ist es endlich, wenn der Pfandbestellung ein *pactum antichreticum* beigefügt ist? Es sollen dann die Früchte der Pfandsache als Zinsen dienen, und finden dabei die Bestim-

[1]) l. c. S. 19.

mungen über das höchste erlaubte Zinsmass keine Anwendung[1]). Es kann auf solche Weise der Gläubiger viel mehr erhalten, als ihm gebührt, und werden dadurch insoweit die übrigen Gläubiger zu Ungebühr verkürzt. Wegen dieser Verkürzung kann die *a. P.* unzweifelhaft angestellt werden, falls die übrigen Voraussetzungen derselben vorliegen. Es wird dadurch jedoch nur die Antichrese rescindirt, nicht die Pfandbestellung selbst.

§ 8.

Die Rechtfertigung der Unanfechtbarkeit der Pfandbestellung hat auch für die Lehre von der Anwendbarkeit der *a. P.* au den Fall der *d. i. s.* die Bedeutung, dass das schwerwiegendste Argument für die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* beseitigt und dafür ein neuer bedeutsamer Grund für die Unanfechtbarkeit derselben gewonnen ist. Hiermit würde unsere Untersuchung abgeschlossen sein, wenn wir nicht noch kurz ein dem Fiscus hinsichtlich der Anfechtung von Zahlungen angeblich zustehendes Privilegium besprechen müssten.[2]) Der Fiscus hat nämlich nach römischem Recht, wie uns eine Reihe von Gesetzesstellen bezeugen[3]), das *ius extraordinarium*, zu seiner Befriedigung von dem Gläubiger seines Schuldners die Rückgabe von Zahlungen zu verlangen, die

[1]) *c. 17. C. de usuris 4, 32, c. 14 eodem.* Man nimmt jedoch meistens diesen Satz nur mit der Beschränkung an, dass eine Antichrese, die ganz offenbaren Zinswucher enthält, als *in fraudem* der Zinsgesetze abgeschlossen umgestossen werden soll.

Cf. Dernburg, Pfandrecht II S. 91, Windscheid II § 234 A. 6, Vangerow I § 384, Anm. 2, Holzschuher II § 125, 10.

[2]) Cf. Windscheid II § 463, Nr. 6, Holzschuher III S. 1161, 4, Sintenis II S. 747, Unterholzner, Schuldverhältnisse II § 345, Zürcher l. c. S. 26, Schönemann S. 16.

[3]) *fr. 18 § 10 D. de iure fisci. 49, 14. Papinianus tam libro sexto quam undecimo responsorum scribit ita demum publicam aufferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit, cum consumeret: et*

Letzterer an Ersteren gemacht hat. Voraussetzung des Rechts ist nur, dass der Zahlende bereits zur Zeit der Zahlung Schuldner des Fiscus war.

Dagegen ist es gleichgültig, ob der Empfänger wusste, das auch der Fiscus Gläubiger seines Schuldners war oder nicht, ob der Empfänger zur Zeit der Klageanstellung das Empfangene bereits *bona fide* consumirt hatte oder nicht, ob die bezahlte Forderung mit Pfandrecht oder anderen Vorzugsrechten versehen war oder nicht.[1])

Windscheid, Holzschuher und Andere behandeln dieses Privilegium bei der Lehre von der *a. P.* Es liegt aber kein Grund vor zu der Annahme, dass der Fiscus das hier fragliche Recht mit der *a. P.* geltend gemacht hätte.

postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo digestorum scribit.

fr. 21 eod. Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor, solvit mihi quae debebat: postea fiscus iure suo usus abstulit mihi pecuniam, quaerebatur, an liberata essent pignora. Marcellus recte existimabat, si id quod mihi solutum est fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem, neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum quod solutum est an tantundem repetatur.

fr. 19 eod. Denique non esse praestandas usuras, cum pecunia revocatur, convenit, quoniam res, non persona convenitur.

c. 5. C. de privilegio fisci 7, 73. Pecunia quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex iusta causa fisco restituenda erit, sine usuris debetur, quia non foenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario iure aufertur.

[1]) Ein Erkenntniss des O. A. G. Cassel (Seuffert, Archiv XVIII, 27) bringt dies *privilegium fisci* in der Weise zur Anwendung, dass es, wenn ein Dritter mit Geldern, die im Eigenthum des Fiscus standen, gezahlt hat, dem Fiscus ein unbedingtes Rückforderungsrecht dieser Summe gegenüber dem Empfänger gibt. Die Quellen beschränken aber das *privilegium* durchaus nicht auf diesen Fall. Unter *publica pecunia* versteht fr. 18 § 10 *D.* 49, 14 keineswegs Geld, das im Eigenthum des Fiscus steht. Das ergibt der übrige Inhalt dieser Stelle in Verbindung mit fr. 21 *eod.* und c. 5 C. 7, 75. Indess dürfte es wohl mit Recht bezweifelt werden, dass das Privileg in der ihm in den Quellen gegebenen Ausdehnung in Deutschland zur Geltung gelangt ist.

Vielmehr ist dies Privileg seinem Wesen nach etwas von dem Anfechtungsrechte der Gläubiger ganz verschiedenes. Das Recht des Fiscus setzt objectiv eine *fraus* im Sinne des Paulianischen Edictes nicht voraus, es ist namentlich nicht nothwendig, dass die Zahlung seitens des *debitor fisci* im Zustande der Insolvenz erfolgt sei. Von den subjectiven Erfordernissen der *a. P.*, von *consilium* und *conscientia fraudis* ist vollends keine Rede. Auch nach Stellung und Aufschrift stehen die das *privilegium fisci* behandelnden Stellen nicht mit dem Paulianischen Edict in Zusammenhang.

Es ist hiernach klar, dass dieses *privilegium fisci* mit der *a. P.* in gar keiner Verbindung steht.

Zum Schlusse noch ein kurzes Wort über die Vorzüge und Mängel des dargestellten römischen Anfechtungsrechts in Bezug auf Zahlung und Deckungsgeschäfte.

Wir fanden, dass die Römer die *a. P.*, die sie auf einer sehr einfachen Grundlage mit meisterhafter Technik auf- und ausgebaut haben, auf Zahlung oder anderweite Befriedigung eines Gläubigers nicht ausdehnen konnten, ohne sie mit sich selbst in Widerspruch zu bringen. Trotzdem hat sich Theorie und Praxis unseres gemeinen Rechts mit der grössten Hartnäckigkeit der Aufnahme dieser Wahrheit widersetzt. Jahrhunderte lang hat man gegen klare Quellenaussprüche die Anfechtbarkeit der Zahlung vertheidigt. Als man sie endlich aufgeben musste, hielt man ebenso fest an der Anfechtbarkeit der *d. i. s.*, und nur allmählich hat die Ueberzeugung Raum gewonnen, dass die Anfechtbarkeit der *d. i. s.* sich mit den Principien der *a. P.* nicht vereinigen lasse. Und die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung wird ja auch noch heute allgemein anerkannt.

Dieses Widerstreben der deutschen Theorie und Praxis hat weniger äussere als innere Gründe.

Die Römer hatten, wie wir sahen, im Zusammenhange mit ihrer Idee von der Berechtigung den Grundsatz, dass jeder Gläubiger bis zur formellen Concurseröffnung über das Vermögen seines Schuldners befugt sein sollte, sich seine Be-

friedigung im vollsten Masse zu verschaffen, unbekümmert darum, ob die übrigen Gläubiger noch so sehr dadurch benachtheiligt, vielleicht ganz um ihre Befriedigung gebracht wurden. Die Römer erblickten darin weder ein Unrecht noch eine Unbilligkeit.

Diese römische Rechtsanschauung verträgt sich aber nicht mit dem modernen Rechtsbewusstsein. Dieses fordert von dem Schuldner, dass er seine Gläubiger gleichmässig befriedige, ohne den einen vor dem andern zu bevorzugen. Es fordert also namentlich, dass bei vorhandener Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens der Gläubiger nicht mehr erhalte, als im Concurse auf ihn entfallen würde, und betrachtet insoweit den Anspruch auf Befriedigung auch rechtlich als auf das Mass der factischen Realisirbarkeit bei gleichmässiger Befriedigung Aller reducirt.

Den hiermit gestellten Anforderungen genügt die römische *a. P.* nicht. Es fragt sich, auf welchem Wege der deutsche Gesetzgeber da Abhülfe schaffen könnte.

Gemeinrechtliche Praxis und Doktrin versuchten es, indem sie die *a. P.* ihrem eigenen Wesen zuwider auf Zahlung und verwandte Fälle ausdehnten. Es ist das aber ein ganz verkehrter Weg, aus theoretischen wie praktischen Gründen. Die wesentlichste objective Voraussetzung der *a. P.* ist die *fraus*. Auf sie gründet sich der ganze weitere Aufbau der *a. P.* Wenn man nun dieselbe auf Fälle ausdehnt, in denen dieses Erforderniss nicht vorhanden ist, so entzieht man derselben damit jeden festen Ausgangspunkt und damit jede Sicherheit in der Anwendung. Das verträgt sich mit einem geordneten Rechtssystem nicht und muss, weil man die eigentliche Grundlage der Klage verlassen hat und für jene Fälle eine neue selbstgeschaffene Basis unterlegen musste, zu juristischen Ungeheuerlichkeiten führen, wie das die Gratifikationstheorie sattsam bewiesen hat. Ferner ist die *a. P.* eine Delictsklage. Einem Rechtsmittel, das gegen Zahlungen, die gegen das Princip der gleichmässigen Befriedigung Aller verstossen, sich wenden soll, diesen Charakter zu geben, hat etwas Befremdendes, ist aber jedenfalls durch-

aus nicht nothwendig. Dem Charakter der *a. P.* als Delictsklage entspricht es namentlich, dass bei derselben auf innere Momente, auf *consilium* und *conscientia fraudis* der Betheiligten entscheidendes Gewicht gelegt wird. Für die Revokation von Zahlungen ist aber das Erfordern derartiger subjectiver Voraussetzungen nicht nur ganz überflüssig, sondern auch im hohen Grade unpraktisch. Will man einmal dem Princip, dass der Schuldner im Zustande der Insolvenz nur gleichmässig befriedigen soll, allgemeine Geltung verschaffen, wesshalb soll man sich dann die Durchführung desselben im concreten Falle dadurch erschweren, dass man nach dem Vorhandensein jener innern und darum stets nur indirect und meistens unter Ueberwindung grosser Schwierigkeiten zu erweisenden Momente fragt?

Aus diesen Gründen würde ich es für verfehlt halten, wenn die Gesetzgebung durch eine Ausdehnung der *a. P.* auf Zahlung und Deckungsgeschäfte jene neueren Grundsätze in das geltende Recht einführen wollte.

Es würde sich dazu m. E. vielmehr empfehlen, auf dem von dem französischen *code de commerce* und der preussischen Concursordnung betretenen Wege vorzugehen. Mit dem Eintritte der Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens steht es fest, dass nicht mehr alle Gläubiger voll befriedigt werden können. Mit diesem Zeitpunkte tritt also der Conflict zwischen den Interessen der Gläubiger ein. Will das Recht denselben durch den Grundsatz gleichmässiger Befriedigung aller Gläubiger lösen, so wird es am Besten jede seit dem Tage des Eintritts der Vermögensinsuffizienz vorgenommene Zahlung oder Deckung, die diesem Grundsatze widerspricht, für nichtig erklären. Oder noch einfacher erklärt es allgemein alle Zahlungen oder Deckungsgeschäfte seit jener Zeit für nichtig und überlässt die Verwirklichung der gleichmässigen Befriedigung Aller dem Concursverfahren.

So verfährt man theoretisch richtiger als bei der unnatürlichen Ausdehnung der *a. P.* und kommt zugleich in einfacherer und sichererer Weise zu dem gewünschten Ziele.